国际法原理

IIJI WENKU·

〔美〕汉斯·凯尔森 著

王铁崖 译



责任编辑：邓正来
封面总体设计：郭　力　钮　初　呼　波
王大有　李　明
本书封面设计：呼　波

Principles of International Law
by
Hans Kelsen
Second Printing
Rinehart and Company. Inc.
New York, United States, 1956

译者前言

我在1957年曾经把凯尔森的《国际法原理》译成中文，现在应出版社之约，将原译稿校阅一遍，交付出版。处在我们的开放时代，这本书的出版对于介绍、分析以至于批判西方法学的主要学说，是有用处的。

汉斯·凯尔森(1886—1973)是现代西方最主要的法学流派之一——维也纳学派的创始人。他早年在维也纳任教，形成他的学说，并有一些追随者，因而成立了维也纳学派。后来，由于纳粹德国侵占奥地利，他被迫逃离维也纳，先后在日内瓦等大学任教。1940年，他到了美国，先在哈佛法学院任教，后来长期在加州大学贝克莱分校任国际法教授，而且入了美国籍。他的著作很多，其中主要的理论著作有《主权问题和国际法理论》(1919)，《纯粹法学》(1934)，《国家与法的一般理论》(1946)，最后一本重要著作就是这本《国际法原理》(1952)。

凯尔森学说在现代法学和国际法学说中有很大的影响。这个学派有著名成员，如阿·菲德罗斯、阿尔夫·罗兹、约瑟·孔兹等，而且对于其他著名国际法学者也有深远的影响，如英国的赫希·劳特派特、美国的罗伯特·塔克尔，甚至在亚洲也有国际法学者信从他的学说，日本的横田喜三郎就是其中最显著的一个。孔兹作为这个学派的成员于1934年说过，凯尔森学说“构成了过去22年所产生的最伟大的理论体系。”① 差不多50年后，国际法官、著名

① “‘维也纳学派’与国际法”，《纽约大学法学杂志》，1934。

国际法学者曼弗雷德·拉克赫斯在其新著中指出："不管人们对于纯粹法学论最后采取什么看法，它的原来说法及其演变，在过去几十年中，在学者世界中，引起了对理论的作用的极其生动的讨论。"①

凯尔森学说的一个特征是，他反对法律二元主义而主张法律一元主张，主张法律的统一性。在他看来，国内法和国际法是属于同一法律体系的，整个法律体系是有层次之分的，是一种所谓金字塔式的规范体系。在这个体系之内，有高低的次序，譬如说，契约决定于立法，立法决定于宪法，宪法决定于国际法，换句话说，国内法律秩序决定于国际法律秩序，而在这个意义上，国际法处于优越的地位。按照凯尔森的理论，整个法律规范体系的金字塔的顶端，也就是作为全部法律规范的基础，是一个"基础规范"。正如拉克赫斯所指出的，凯尔森认为，法律的主要目标是创造法律体系的统一性，他试图以一个金字塔体系来解决这个问题，而金字塔体系是以著名的"基础规范"的广泛基础为依据的。②"基础规范"不是实在法的一部分，而是一个"假设"，却是必要的假设，在它之上建筑整个法律规范体系，它决定整个法律秩序的效力。

什么是"基础规范"呢？凯尔森认为是"约定必须遵守"。这是国际法的效力的依据，也是整个法律体系的依据。他自称既不是实在法主义者，也不是自然法主义者。但是，就"基础规范"而言，"约定必须遵守"这个假设岂不是与凯尔森自己所批评的卢梭契约论有一些类似之处吗？受凯尔森学说影响的劳特派特也指出，以这样的基础规范为顶端的金字塔式法律体系不免有点自然法的气味。③他和其他受凯尔森学说影响的学者都认为"约定必须遵守"

① 《国际法学者》，1982年第1版，1987年，修订第2版，第94—95页。

② 拉克赫斯，同上书，第94页。

③ "凯尔森的纯粹法学"，《近代法学理论》，1932年，第105页以下。

作为基础规范是太狭窄了；他就承受了英国国际法学者希斯勒克的想法，也许"世界国家"的概念要比"契约"的概念要好些。①

"基础规范"总是由学说创造人自己来选择，而这样选择不可避免地要依据他本人的政治偏向。但是，维也纳国际法学派却认为他们的法学理论是"纯粹的"，也就是说，他们的学说要建立一个"纯粹法学"。这是凯尔森作为维也纳学派创造人所指出的学说的另一个重要的特征。其次，他将法律现象和自然现象区别开来：自然现象表明"是什么"，而法律现象表明"应当是什么"；前者是科学的任务，而后者是法学的任务。更突出的是，他将法律现象和其他社会现象区别开来；他把对法律的说明和分析限于法律体系之内，而不牵涉到社会价值和政治利益，这些都被排除于法律之外。法律规范的效力决定于法律体系本身，至于"基础规范"则是一种原始假设，其效力是另外一回事。因此，著名的比利时国际法学者得•维舍尔说，凯尔森理论是"所有现代学说中最有意识地和最完全地脱离社会实践的"。②

以上只是对凯尔森学说的最简单的说明，并不足以概括它的全部内容。"国际法原理"这部书是凯尔森的最后的重要著作，名称虽为"国际法原理"，实际上却包括了凯尔森学说的基本论点，表现了凯尔森的整个理论体系。由于这个理论体系自称是"纯粹的"，因此，它往往形成一种纯理论的推理说法，使人不易理解。这是读者所应注意的。更应该注意的是，所谓"纯粹"其实并不"纯粹"。整个理论体系并不能完全脱离现实，实际上也没有脱离政治、社会现实。作者在本书序文中以及本书的一些地方承认了这一点。这不仅表现在所谓"基础规范"的选择上，而且在一些具体

① 《国际法》，依里乌•劳特派特编，第2卷，第1编，1975年，第401—402页。

② 沙尔•得•维舍尔：《国际法的理论和现实》，英译本，第66页。

问题的论点上，都表现了作者的政治倾向。凯尔森在另外一部著作中就承认，虽然法律要与政治分开，但是，法律是方法，政治是目的，而法律是要服从于政治的。①

我翻译的是凯尔森原著。1966 年，塔·克尔出版了修订第二版。修订版的出版距现在已经二十年，所增加的材料并不多，而且一些理论上增删或修改的地方与凯尔森学说并不完全一致，因此，还不如保留原著的原样。原著有些脚注对于读者并不需要，也就删去了。此外，也删去了参考书目和案件表。

王铁崖

1988 年 3 月 20 日于北京大学国际法研究所

① 《联合国法》，1950 年第 XⅦ 页。

序

本书旨在作为国际法研究的引论。由于它不仅供法律学生之用，而且供所有对社会科学特别是政治科学有兴趣的人之用，第一部分涉及到某些法律概念，而对这些概念的认识是理解国际法问题所不可缺少的。

我选择《国际法原理》这一书名，因为我认为，在提出构成这一法律部门的最重要的规范之外，还有必要提出一个国际法理论，也就是说，考察它的性质和基本概念，分析它的结构和决定它在法律世界中的地位。

人们通常把国际法分为两个部分，和平法和战争法。我放弃了这种体系。因为，只有当有可能把战争状态设想为与和平状态处于同一法律水平时，这种体系才是有理由的，如果确有理由存在的话。然而，从凯洛格-白里安公约和联合国宪章来看，战争只有作为对违反国际法行为的反应才能被认为是合法的。所以，在本书里，战争法是在涉及国际法所规定的制裁问题中予以论述的。

《原理》所讨论的首先是一般国际法。之所以讨论条约所创造的特别国际法，是为了表明以技术上的方式逐渐发展国际法的可能性。

在最近缔结的条约中，联合国宪章是特别重要的。由于它主张它不仅对联合国会员国是有效的，而且对非会员国也是有效的，它可以被——或差不多将被——承认为一般国际法。这正是本书

为什么对联合国法作了仔细探讨的原由。

主张一部国际法著作只从法学的观念，也就是说从法律的观点来讨论有关问题，似乎是一个空洞的赘言。如果国际法是真正意义上的法律——本书是这样认为的，那么，除了法学方法以外，还有什么其他方法可以适用于这个对象的描述和说明呢？然而，如果我认为有必要强调这本书的纯粹法学的性质，那么我这样做也是为了反对国际法作者中广泛流行的一个趋势，他们——虽然他们不敢否定这个社会秩序的法律性质及其拘束力——主张法律方法以外的另一个方法，即政治方法，是适当的方法。在我看来，这种观点只是这样一种企图：为不适用现行法律作辩解，如果它的适用与某种利益相抵触，或者勿宁说，与各作者所认为其国家的利益相抵触。如果他认为他有义务向其政府提出一种权力政策，也就是说，一种只由其国家的真正或假设利益所决定并只受其权力限制的政策，他可以这样做而自负责任。但是，如果他试图使读者相信，这项政策是符合从"政治上"加以解释的国际法的，他所提出的就不是一个科学的国际法理论，而只是一个政治意识形态。

凯尔森

1952年8月

目　　录

第一章　国际法的性质：国际不法行为和国际制裁

国际法或万国法是一系列规则的总称，这些规则——按照通常的定义——调整各国在其彼此交往中的行为。这些规则被称为法律。如果在日常生活中我们说到法律，我们想的是国内法，即国家内通行的法律。但是，所谓国际法，即在各国之间关系上通行的规则，是不是与国内法具有同样意义的法律呢？这个问题的回答决定于对法律的概念所下的定义。

对一个概念下定义的任何尝试，都必须从语言的某种用法出发，从我们打算用以表示这个概念的字句的通常意义出发。人们必须看一看，称为"法律"的社会现象是否表现出一个共同特征，使这些现象有别于其他类似的社会现象——也即一个重要到足以构成可用来合理地理解社会生活的一般概念的特征。而且，这个特征是可以找到的。

这是一个因素，也是唯一的因素。凭据它，我们能够明确地和成功地区分法律秩序、宗教秩序或道德秩序。正是这个因素，构成了人们相互关系中一个极为重要的事实；正是这个因素，在各方面适于成为探讨法律性质的一个决定性标准。这个标准是什么呢？

第一节 法律的概念

1.两种社会秩序

每一个社会秩序——法律是一个社会秩序——的作用都是促使人们作某种相互行为，就是使人们不作基于这样或那样理由被认为对社会有害的某些行为，而作基于这样或那样理由被认为对社会有利的其他行为。人们可以采取两种根本不同的方式设法达到这一目标：采取或不采取武力的威胁和使用。

要促使他人采取某种行为的人可以通过要求他人来达到这个目的，希望他人出于对请求人的尊重或爱戴而满足其愿望。他可以使他人了解到他所要求的行为是适宜的，从而期望他人通过这样的方式取得的了解，将给其采取相应行动或不采取行动提供动机。他可以用其自己的行为树立榜样；或者作出允诺，如果他人服从，就给予酬报。在所有这些情形下，对社会秩序的服从都是自愿的。

但是，要引致合乎希望的行为，还有一种完全不同的方法。为了促使人们作某种行为，一个权威可以对他们进行威胁：如果他们作相反行为，就要对他们强加一种灾难，而所威胁的灾难包括剥夺人们的某种所有物，如生命、自由、财产或其他价值物。社会权威在这样做的时候，认为行为受规定的人们，为了避免所威胁的灾难，会不为不合乎希望的行为，而为合乎希望的行为。

我们称所威胁的灾难为制裁。如果在人们的信念中，制裁源出于一个超人权威，又如果制裁具有先验的性质，那么，规定这种制裁的秩序是宗教秩序。古代原始社会通行的社会秩序就属这一类。人们按照这种秩序进行活动，因为他们相信，超人权力将对破

坏秩序的行为给以各种灾难性的惩罚，如歉收、疾病和死亡。先验的制裁与社会上有组织的制裁不同，后者是由人们按照人们所建立的社会秩序予以执行的制裁。这种制裁具有强迫行为的性质；因为，这种制裁的执行是不顾那些受该秩序支配的人的意志的，并在必要时还会诉诸武力。如果制裁的适用遇到了反抗，那么接着就是使用武力，但是，如果适用制裁的权威有足够的权力，则使用武力便属例外。然而，在个人对剥夺其某些价值的措施进行反抗时，允许使用武力，是颇为重要的。只有允许使用武力，我们才把制裁说成是强迫行为或强制行动。一个试图用制裁引致人们作合乎希望的行为的社会秩序，我们称之为强迫性秩序，就是说，这种秩序是以强迫行为为基础的。它与一切其他以自愿服从为基础的社会秩序是截然不同的。各种道德体系，就它们没有先验的或社会上有组织的制裁来说，便是非强迫性秩序。因此，自由和强迫的对立——这是社会生活的基本问题——提供了决定性的标准。它是法律的标准；因为法律是一种强迫性秩序。它具有社会上有组织的制裁，从而能够一方面与宗教秩序，另一方面与纯粹的道德秩序，明显地相区别。法律，作为一种强迫性秩序，是特殊的社会技术；这种技术就是试图通过对相反行为（即法律上的错误行为）采取一种强迫措施的威胁，引致人们为合乎希望的社会行为。这种相反行为是制裁的特殊条件，被称为“不合法行为”、“罪行”、“侵权行为”和“不法行为”。最后这个名词包括了各种各样的法律上的错误行为。为不法行为的个人被称为不法行为人。

2.制裁：刑事制裁和民事制裁

现代国内法中有两种不同的制裁：刑罚和民事执行。刑罚是对生命的强力剥夺，如死刑；或对自由的强力剥夺——监禁；或对财产的强力剥夺——罚款。这些都是刑法的制裁。民事执行，即

民法的制裁，也是对财产的强力剥夺。如果一个人不偿还其债务或者不赔偿其对别人所造成的损害，而且如果债权人或受害人在民事法院上作为原告对他提起诉讼，法院就会对被告的财产下令执行。这种制裁与刑事法院对不法行为人可能判处的罚款不同。不法行为人的被强力剥夺的财产，依据刑法，是归于法律共同体的，而依据民法，则归于债权人或受害人。刑法和民法的区别，以及刑事不法行为和民事不法行为的区别，就是以两种制裁之间的区别为根据的。不法行为和制裁是法律的两个基本依据；法律是一套规范，它可以使一种强迫行为，即制裁，作为后果而附于一个行为（即作为制裁条件的不法行为）。

3.法律规范和法律规则："应当"

一个规范指令或允许人们为某种行为。一套规范由于某种理由或另一种理由形成为一个单位，我们称之为一个规范性秩序。法律是一个规范性秩序，而且，由于法律规范规定把强迫行为作为制裁，所以法律是一种强迫性秩序。

法律科学把其对象（法律）视为法律规范体系的说法，实际上是指，在某些条件下（其中起主要作用的是不法行为），某种后果，即制裁，应当发生。这种说法被称为法律规则，区别于法律规则所描述的法律规范。法律规范是由法律机构发布的，而法律规则却是法学所作的描述，法学不是法律机构，因而无权发出指令或允许人们为某一行为的法律规范。

一项法律规范在作为条件的不法行为和作为后果的制裁之间所确立的联系，并不是一种因果关系，这正如下述说法所表明的那样，如果金属体受热，它就膨胀。这种说法是一项所谓的自然法则。自然科学用自然法则来描述其对象——自然，同理，法律科学也用法律规则来描述其对象——法律。在法律规则上，条件和后

果之间的联系是以“应当”一词为特征的，以强调法律规则并不具有自然法则的意思。它不表明一个事实和另一个事实之间有必然或可能联系的观念。它的意思不是：如果发生不法行为，就必然地或可能地发生制裁。它的意思是：如果发生不法行为，就应当适用制裁，即使实际上并未适用。“应当适用”这一公式没有什么其他意思，只是表示这样一种观念：如果发生不法行为，适用制裁是合法的。如果发生不法行为，“就应当制裁”这一说法并不一定意味着，某一个人在法律上有适用制裁的义务。他可能只被授权去适用制裁。关于法律所规定的制裁的适用是或者不是一项义务内容的问题，与在法律规则上条件与后果之间相联系的意思是完全不同的。

4.不法行为

不法行为通常被表述为对法律的“违反”。这是一种形象的说法。按字义来说，“违反”意味着暴力行为，即施用武力，而武力只能对自然人加以施用的。受这种行为影响的，是人的肉体存在。在这个意义上，法律作为规定应当作某种行为的规范，是不能“被违反”的。一个规范的具体“存在”在于其有效性；一个指令或允许为一定行为的规范的有效性不受一个相反行为的影响。如果指令或允许为一定行为，当然预先假定有发生相反行为的可能性。如果不可能有偷窃，“你们不应偷”这一规范就毫无意义。不法行为还被描述为“非法的”或“不合法的”行为，这些术语表示法律被否定的意思。但是，不法行为既不是对法律的违反，也不是对法律的否定。它是法律所决定的作为制裁条件的行为，而制裁也是法律所决定的。只是因为法律使某一行为成为一个制裁的条件，这一行为才是不法行为，或者也就是说，才是法律上禁止的行为。

5. 义务和权利

如果某一行为是一项制裁的特殊条件，相反行为就是一项法律义务的内容。如果对于相反行为规定有制裁，一个人就在法律上有义务按照一定方式作为。我在法律上有义务不偷窃的说法意味着，如果我偷窃，我应当受惩罚；我在法律上有义务偿还我的债务的说法意味着，如果我不偿还我的债务，我的财产就应当受到民事执行。法律义务的主体是潜在的不法行为人。

义务（或责任）的概念通常是与权利的概念相对立的。“权利”一词有许多意思。因此，有按照某种方式为一定行为的权利可以意味着，按照这种方式为一定行为的自由。在法律上按照某种方式为一定行为的自由可以意味着，不承担有按照另一种方式作行为的法律义务。然而，“权利”一词可以不仅有消极的意义，而且有积极的意义。我有权按照某种方式为一定行为的说法可以意味着，他人有义务不阻止我按照这种方式为此行为；而我有权要求另一个人按照某种方式为一定行为的说法可以意味着，他有义务按照这种方式为此行为。在“权利”一词的这个意义上，一个人的权利只是另一个人（或另外一些个人）的义务的反映。最后，“权利”一词可以指赋予一个人以产生他所希望的某种法律效果的法律权力，特别是在另一个人不履行其义务时适用制裁或者用一定行为直接地或间接地促使适用法律所规定的制裁的权力。

在早期法律中，制裁的执行是分散化的，就是说，由利益为另一个人的行为所侵犯（从而构成不法行为）的个人去执行。这种原始的法律技术被称为自助原则。它流行于原始法律；遇有谋杀时，这种法律便授权被害者的亲属杀死谋杀者及其亲属。这就是所谓血亲复仇；而血亲复仇就是原始法律所规定的制裁。如果一个人不偿还其债务，或者不赔偿他所引起的损害，法律便授权债权人或

受害人夺取债务人或加害人的财产，并在必要时使用武力。这是原始法律对于违反偿还债务或赔偿损害的义务所规定的制裁。依据原始法律，享有权利（在这一术语的特殊意义上）的意思就是由法律所授权去执行制裁。一个技术上比较发达的法律秩序的一个特征是，执行制裁的集中化。这种集中化就是设立一个特殊机关，亦即法庭；它有权依据一定程序查明有关不法行为已经作出的事实，并有权下令执行法律所规定的制裁；它还表现在设立一个特殊执行机关，有权执行法庭所命令的制裁。在这种集中化法律秩序中享有权利就意味着，有提起诉讼的法律可能性，也就是说在有权限的法院提起诉讼从而开始那终将导致执行制裁的程序的法律可能性。在这个意义上，债权人有权要求债务人偿还债务，或者物的所有者有权要求一切其他人对其处分该物不加干预。

6.责任：个人责任和集体责任

另一个法律概念是责任的概念。法律责任必须与法律义务相区别，特别是与赔偿非法行为引起的损害的义务相区别。一个人对一项不法行为在法律上负责，如果对其实行制裁的话。例如，一个人对其所犯罪行负责，这是因为法律规定他，即罪犯，应当受惩罚，而且他是在法律这一规定范围内负责的。一个人对不赔补其所引起的损害负责，这是因为法律规定对其财产应加以民事执行，而且他是在法律这一规定的范围内负责的。在这些情形下，不法行为人，即用自己行为进行不法行为的个人，对该不法行为负责。义务的主体和责任的主体是相同的。但是，不法行为人以外的一个人却可能对一项不法行为负责。法律可以规定，发生不法行为时，应对一个或一些未作不法行为的人实行制裁。如果对为不法行为人实行制裁，那个人便对其自己的不法行为负责。在这种情形下，我们说是个人责任。但是，如果对不法行为人以外的一个人或一些

人实行制裁，那么，这就确立了对别人所作的不法行为的责任。义务和责任之间的区别表现在：一个人只能承担按照某种方式为一定行为的义务，也就是说，对自己的行为承担义务，而一个人却不能承担别人按照某种方式为一定行为的义务，也就是说，对别人的行为承担义务。但是一个人可对自己的行为，而且对别人的行为担负责任。

对别人所作的不法行为负责的个人，通常与不法行为人有一定的法律关系。例如，法律可以规定，如果儿女或妻子犯了罪，父母或丈夫要受到惩罚。战时占领敌国领土上一城市的军队司令可以下命令：如果在该城市内对占领军作了不正当的作战行为，该城市市长应予处死。法律所规定的制裁可以针对一个家庭的一切成员，从而家庭的一切成员就对其中一个成员所作的不法行为负责。如果几个人对一个不法行为负责，并不是因为他们作了这个不法行为，而是因为他们属于不法行人所属的集体——家庭、部落或国家，我们就说这是集体责任。这是对别人所作不法行为负责的一种特殊情形。血亲复仇的情形就是集体责任。它不仅针对谋杀者，而且也针对谋杀者家庭的一切成员。《十诫》确立的就是集体责任，在《十诫》里，耶和华威胁道，如果男人（父亲）犯罪，就要惩罚其儿女以及儿女的儿女。不法行为人和其他个人之间的某种关系，是把不法行为人和这些个人等同起来的理由。这种等同是原始法律倡导集体责任的基础；它是原始人所特有的集体思想和感情的表现，因为他们不认为自己是与其同胞有所不同而独立于他们之外的个人，而认为是其群体的固有部分。在近代国内法上，普遍流行的是个人责任。确立集体责任纯属例外，例如社团的情形，而且也是在有限意义上确立的。

对不法行为的责任，应该与对不法行为人所引起的损害——物质的和精神的——作赔偿的义务相区别。通常，不法行为人，即

用自己的行为作了不法行为的个人，有义务赔偿不法行为所引起的损害。但是，法律可能对不法行为人以外的个人加以赔偿损害的义务。例如，如果法律使雇主担负赔偿其雇员由于疏忽而引起的损害的义务，情形就是这样。在这种情形下，通常说的是，雇主对其雇员所引起的损害"负责"。这一术语是令人误解的，因为它似乎含有雇主对别人所作的不法行为负责的意思。然而，雇主并不是对损害"负责"的；他有"义务"赔偿损害；而且，他只对不履行这项义务负责。这就是说，他只对其自己的不法行为负责，而并不是对别人的不法行为负责，因为如果他不赔偿损害，他就应当受到制裁。在这种情形下，实行制裁也还是针对不法行为人的。法律责任必须与法律义务区别开来。

7.过失责任和绝对责任

既然法律是调整人们相互行为的社会秩序，一个人的行为就由于这个行为对其他个人有着或者可能有着有害效果而被附以制裁。有害效果可能是由不法行为人的故意和恶意或只是疏忽所引起的；它也可能是不法行为人并非故意、恶意或疏忽，而仅仅由纯粹偶然事件引起的。如果法律只在某一行为的有害效果是故意的或是由于疏忽而引起的情形下才附以制裁，那么，我们就称其为以过失为根据的责任（过失责任）；如果法律对某种行为附以制裁，即使有害效果的引起并非由于不法行为人的故意或疏忽，那么，我们就称其为绝对责任。在后一种情形下，一个人对另一个人所加的伤害既非故意（有或无恶意）又非疏忽（即缺乏通常足以避免有害效果的注意）所引起的这个事实，并不构成免除责任的理由。

以过失为根据的责任（过失责任）与绝对责任之间的区别，是比较进步的法律秩序的特征。这是原始法律所没有的；在原始法律中，与集体责任同时流行的，是绝对责任。集体责任按其性质是

绝对责任。因为，在集体责任的情形下，制裁是针对未作不法行为的个人的。既然他们根本没有作不法行为，他们就不可能由于故意、恶意或疏忽而作不法行为。虽然他们并无故意、恶意或疏忽，但却照旧对他们实行制裁。因此，他们的责任是绝对责任。集体责任对于被认为负责的个人来说，总是“绝对的”。然而，法律秩序可能只在另一个人由于故意和恶意或重大疏忽而作不法行为的情形下，才确定一个人(或一些人)对该另一个人所作的不法行为负责。这样，法律所确立的责任，对于负责的个人(或一些个人)，是绝对责任，而对直接的不法行为人来说，则是以过失为根据的责任。例如，这种情况是由于有下述的规定而造成的：如果一个公司的一个机关由于故意或疏忽而引起了损害而且不作赔偿，公司的财产——即公司成员的集体财产——应受民事执行，但是，如果作为公司的一个机关行事的个人不是故意地引起损害而且曾经加以通常可以避免这种损害的一切注意，就不适用这样的制裁。公司的责任是其成员的集体责任；而且以直接的不法行为人的过失为根据的责任，而不是以负责的个人(或一些个人)的过失为根据的责任，这一点对于集体责任是特别重要的。

8.共同体的武力垄断

制裁作为法律所指令或允许的强迫行为，是一个人对另一个人使用武力的行为。在国内法上，除非是法律秩序所指令或允许的，否则使用武力便是不法行为；而且一般来讲，只有作为制裁，法律才指令或允许使用武力。如果把构成制裁的条件的行为称为“不法行为”，这一术语就没有什么道德的涵义。它只是指法律规定的制裁所针对的一定行为。

国内法的特征是，它确定一些可以合法使用武力的条件。如果在这些条件下使用武力，武力的使用是合法的；它具有制裁的性

质。如果在其他条件下使用，它是不合法的；它具有不法行为的性质。武力的使用照例或是制裁或是不法行为，这是国内法的一个特色。①

法律秩序在规定制裁时，授权一定的人去执行构成制裁的强迫行为。这个人在执行制裁时，可以被认为是作为法律秩序所构成的共同体的一个机关——集中的或分散的——而行事的，因此，制裁可以被认为是共同体的行动。这就意味着，一个人所作的行为被归附于共同体。如果一个社会秩序规定，强迫行为只能在其所决定的某些条件下并由其所决定的某些个人作出，而且如果我们把这些个人看作该社会秩序所构成的共同体的机关，那么，我们可以说，该社会秩序将武力的使用保留于共同体。这样的社会秩序就确立了共同体的武力垄断。

共同体的武力垄断可以是集中化的或是分散化的。如果社会秩序按照分工原则建立了一些特殊机关，以执行该秩序所规定的制裁，那么它便是集中化的。正如已经指出的，下述情形就是这样：一个法律秩序设立一些法庭，有权通过法律规定的程序查明是否已经作了不法行为，以及如果作了，谁对不法行为负责等问题。如果这个法律秩序设立一些特殊机关来执行法庭所命令的制裁，这种情形亦属集中化的。如果通行的是自助原则，就是说，如果法律秩序把这些职能交给遭受不法行为伤害的个人，如血亲复仇的情形，共同体的武力垄断便是分散化的。虽然在这种情形下，这些个人似乎是“把法律掌握在其自己的手中”，但是，他们仍然可以被

① 作为一个例外，法律所允许的武力使用不具有通常意义上的制裁的性质，例如将精神病人强制禁闭在精神病院内或者将患有传染病的人强制隔离的情形。在战时对敌国公民的强制拘留，是为了防止他们对与其本国作战的国家作不法行为而采取的一种措施，而在这一限度内，它可以被解释为一种制裁。同样的解释可以适用于平时将政治上可疑的人置于集中营的强制拘留。

认为是作为共同体的机关而行事的。即使通行的是自助原则，合法的和不合法的使用武力，还是要加以区别的。如果一个被谋杀者的亲属为了复仇而杀死谋杀者或谋杀者的亲属，他就不是谋杀者。复仇者并不破坏法律，他是执行法律的，因而可以被认为是法律秩序所构成的法律共同体的一个机关。但是，他不是一个按照分工原则建立起来的特殊机关，象法官或司法执行官那样。如果通行的是自助原则，也就是说，如果法律授权遭受不法行为伤害的个人——而不是特殊机关——来执行制裁，这些个人的职能就是法律秩序所决定的；他们是按照法律授权的方式采取行动的。如果他们使用武力，他们便是在强制执行法律。因此，在这种情形下，我们也可以说是共同体的武力垄断；因为使用武力的条件和个人都是由构成共同体的法律秩序所决定的。构成法律共同体的武力垄断，是法律的一个特征。

9. 自助和集体安全

在自助原则通行的地方，法律秩序可以授权不法行为的非直接受害人，甚或使他们有义务，去协助受害人对不法行为作出合法的反应，即协助他执行制裁。但是，如果法律秩序把制裁保留给一个特殊机关去执行，也就是说，如果共同体的武力垄断是集中化的，那么，自助原则也就被消除了。如果法律共同体的成员有义务——不仅被授权——去协助不法行为的受害人对不法行为作正当的反应，也就是说，协助他执行制裁，或者，如果制裁被保留给共同体的一个特殊机关去执行，那么，我们就称其为集体安全。因此，集体安全的发展有两个阶段：第一阶段的特征是，自助原则仍然通行，但共同体的成员在法律上有义务去协助不法行为的受害人，特别是不合法使用武力的受害人，对不法行为作合法的反应，也就是说，协助他执行制裁；第二阶段的特征则是，制裁被保留给共同体

的一个中央机关来执行，而这就意味着，共同体的集中化武力垄断已经确立。

如果共同体的武力垄断是集中化的，集体安全就比在共同体的武力垄断是分散化的场合下更有实效，这是理所当然的。分散化武力垄断的最显著缺点在于：不存在任何与各有关当事人有别的、并独立于他们之外的权威，有权在一个具体案件上去查明不法行为是否已经作出。其结果是，如果当事人对这个问题意见不一致，作为对被称为不法行为的反应的强迫行为是制裁还是不法行为，就有疑问。分散化武力垄断的另一个极为重大的缺点是，如果被法律授权执行制裁的一个人或一群人不比不法行为人或一群人更强有力，制裁就不可能顺利地得到执行。鉴于这些事实，法律这一概念有时就被限于指一个由于建立法庭和执行机关而确立一种最低限度的集中化强迫性秩序。按照这种见解，只要通行的是自助原则，就不存在有真正的法律。比较集中化的集体安全体系的确立，被认为是法律的一个必要前提。

本书不同意对法律的概念加以这样的限制。在本书中，一种社会秩序被认为是法律的，即使它只确立该秩序所构成的共同体的分散化武力垄断，也就是说，即使自助原则仍然通行着。因为，共同体的武力垄断的集中化是一个缓慢的和逐步进化的结果，而在这样的进化中，从分散化强迫性秩序到集中化强迫性秩序的发展——尽管是重要的——至少不比下述的步骤更有决定性的意义：从一种完全无政府状态走向一种社会秩序，而这种秩序本身是决定使用武力的条件和个人的。这种社会秩序只确立了共同体的分散化武力垄断；它是自助原则通行的一种社会秩序，然而是在人们的关系中对合法和不合法使用武力加以区别的一种社会秩序。这是原始社会的状态，在这种状态中，血亲复仇是习惯所确立的公认的制度。把这种以自助原则为根据的强迫性秩序表述为原始法

律，是有充分理由的。

而且，即使在最集中化强迫性秩序下，即在国家的法律下，自助原则也并不是完全被消除了的。在公认的自卫制度中就保留着自助原则。自卫是一种自助；它是一个人对另一个人的不合法使用武力的合法使用武力。一个人在实行自卫时，是由法律授权对非法侵略者使用武力的。在使用武力不集中化的原始法律秩序下，自卫权是包含在自助原则之中的。在一个确立了集中化武力垄断的法律秩序下，自卫则是最低限度的自助；甚至在这样的法律秩序内，它也是不可少的。

10.报应和预防

只有当每一个人都尊重任何其他人的某些利益——如生命、自由、财产和其他价值物时，这就是说，当每一个人不强力地干预别人的这种利益范围时，一个共同体才有可能长久地存在下去。我们称为“法律”的社会技术就在于，用一种特殊方法促使个人不对别人的利益范围进行强力干预；这种方法是，如果发生这种干预，法律共同体本身就作出反应，用同样的干预来干预对前一干预行为——即不合法的干预行为——负责的个人的利益范围。这就是报应——以恶报恶——的观念，它是这种社会技术的基础。即使——在比较后期的进化阶段——制裁的目的被认为是预防，而不是单纯的报应，这只是法律技术所依据的意识形态的变化；技术本身依然未变。

11.法律和和平

通过把武力保留给共同体，也就是说，通过决定在什么条件下某些个人——而且只有这些个人——作为法律共同体的机关被授权来强力地干预那些受该法律秩序支配的人的利益范围，法律保

障了和平。如果把和平设想为一种无武力的状态，那么，法律只提供了相对的和平，而不是绝对的和平。法律所保障的和平并不是一种完全无武力的状态，一种无政府状态。它是武力垄断的状态，即法律共同体的武力垄断的状态。

相反，对个人的利益范围的强力干预只在一定条件下才被允许，而且对个人的利益范围的任何其他强力干预都被禁止，或者换句话说，只要对个人的利益范围的强力干预成为共同体的垄断，个人的一定利益范围就得到了保护。只要社会秩序未确立共同体的武力垄断，个人的任何利益范围就都不受社会秩序的保护。换言之，就我们这里所说明的意义而言，在本质上是和平状态的法律状态，是没有的。

第二节　国际法是真正意义上的“法律”吗？

假定上面的分析是正确的，那么，就有可能用下面一句话来描述一个共同体的法律，即一个共同体的法律秩序：在某些条件下，应当作出某种强迫行为。这个假设性命题是一个法律规则的基本形式——“规则”一词是按描述的（而不是规范的）意义来理解的。

1.问题的意义

国际法是否是上面所决定的意义的法律，这个问题是与另一个问题相同的，即一般称为国际法的现象是否可以用与描述国内法的规则相同的法律规则来描述呢？

如果国家的强迫行为，即一国对另一国的利益范围的强力干预，在原则上，只有作为对不法行为的反应才是许可的，因而，为了任何其他目的使用武力都是被禁止的，换句话说，如果作为对一个

不法行为的一种反应而作的强迫行为可以被解释为国际法律共同体的一种反应，那么，国际法就是真正的法律。倘若在原则上可以把一个国家对另一个国家使用武力解释为制裁或解释为不法行为，国际法就是象国内法一样意义的法律。

这里所说的国际法，是指一般或共同国际法，而不是特别国际法。一般或共同国际法是对属于国际共同体的一切国家一律有效的习惯法。（习惯法是各国的惯常实践所创造的法律。）特别国际法只对一些国家有效，而且所包含的大部分是条约所创造并只对缔约各方有效的规范。

因此，我们的问题必须这样提出：按照一般国际法，有没有象制裁这样的东西呢？也就是说，有没有规定作为国家的一定行为的后果的强迫行为，即对这一定行为负责的国家的通常受保护的利益范围受到的强力干预呢？这一问题包含着按照一般国际法有否象不法行为这样的东西的问题。因为，从前面的说法得出这样的推论：只有当国际法附于一个国家的行为以对该行为负责的国家为对象的制裁时，在法律上，这个行为才能被认为是一个不法行为。

2.国际不法行为

人们公认，国际法上存在着不法行为，也就是说，存在着被认为不合法的、违反国际法的、从而破坏国际法的国家行为。这是从国际法被视为指令或允许国家作某种行为的一个规范体系这个事实推论而来的。例如，如果一个国家没有国际法所承认的特定理由而侵入另一个国家的领土，或者，如果一个国家不遵守其与另一个国家缔结的条约，其行为就被认为是违反国际秩序的，正如说谎话的个人的行为被认为是违反道德秩序的一样。在这个一般意义上，毫无疑问，国际法上是有不法行为的。但是，国际法上有没有

特殊法律意义上的不法行为呢？这就是说，国际法是否规定对不法行为负责的国家，即对国际法所决定作为制裁的条件的一定行为为负责的国家，为制裁、即强制行动的对象呢？

3. 国际制裁

1. **制裁与赔补义务** 许多作者把国际法上的“制裁”说成是对不法行为所引起的精神和物质损害作赔补的义务。对精神损害的赔补主要是不法行为国的正式道歉，这种道歉可以采取礼节性行为的方式，如向受害国国旗致敬等等。对物质损害的赔补是重新恢复不法损害未发生时存在的情况，或者，如果不可能恢复，则给予适当的补偿。这种作赔补的义务可以称为一种替代义务，即在一个国家不履行其主要或首要义务时而产生的义务。赔补的义务代替了被违反的义务。①

然而，很可能在一个具体情形下，一般国际法所抽象地规定的赔补义务并不能发生。因为，只有在发生了国际不法行为的情形下，才有赔补的义务，而一般国际法上却没有任何客观权威，特别是没有有权查明不法行为是否存在的法院。一般国际法把这一职能交给各有关国家。因此，只有在一个国家承认它作了不法行为时，这就是说，只有各有关国家在这方面达成了协议，它才可能认为自

① 在“朱贽工厂案”中(《国际常设法院出版物，甲集》第17号，1928年)，法院判称：“任何破坏约定的行为都包含有作赔补的义务，这是一项国际法原则，甚至是一个一般法律概念。”“不合法行为的实际概念中所包含的主要原则——似乎已为国际实践、特别为仲裁庭裁决所确立的一项原则——是赔补必须尽可能地消除不合法行为的一切后果，并重新恢复如果没有作该行为就完全会存在的情况。归还实物或者，如果不可能，偿付一笔等于应归还实物的价值的现款；在需要时，判给归还实物或代替归还实物的偿付所不能包括的损害赔偿——这些便是一些原则，应供以决定一个违反国际法的行为所应担负的补偿的数量。”

己有赔补的义务，然而，这样的协议却很难达成。即使达成了，这样的协议还不足以确立赔补的具体义务。对不法行为负责的国家并没有义务接受受害国提出的关于赔补的任何单方面的要求。它们还必须就赔补的内容达成协议。只要对不法行为的存在和赔补的内容没有达成协议，就很难认为有赔补的具体义务的存在。国内法的情形完全不同：这种协议是不必要的，因为各有关当事人在这些方面不能达成协议时，就由有权的法院来查明不法行为的存在与否并决定应赔补的内容。

鉴于一般国际法的情况，甚至不排除这样的设想：一般国际法对于不法行为国并不设定赔补的义务，也不对受害国设定在诉诸报复或战争之前先尝试从不法行为负责国那里取得赔补的义务；而一般国际法只规定，不法行为国由于达成了对不法行为所引起的精神和物质损害作赔补的协议，而且履行了这种协议所确立的义务，可以免受一般国际法所规定的制裁。

即使承认在国际法下违反义务会自动产生赔补的替代性义务，这种替代性义务也不能被认为具有制裁的性质。因为，制裁是一种强迫行为，而不是一种义务。

法律由于规定制裁作为某一行为的后果，而使这个行为成为不法行为，从而确立了作相反行为的义务。制裁和义务是两个不同的概念。如果由于赔补了某一行为所引起的损害，就能免受被规定为这种行为的后果的制裁，那么，这种法律情况就可以用这样的说法来正确地加以描述：如果某人按某种方式行事，而且如果他不赔偿其行为所引起的损害，就应对他施以强迫行为，即执行制裁。这样，制裁是以两个行为——引起损害的行为和对损害的不赔补行为——组成的不法行为为条件的；而且制裁可以被认为构成了两种义务：不作引起损害的行为的首要义务和在不履行首要义务时对损害履行赔补的替代性义务。但是，不论前一种

义务或后一种义务，都不是制裁。

2.作为强制措施的国际制裁　因此，关于国际法性质这一决定性问题可以表述如下：国际法是否规定有强迫行为（强制行动）作为国际法所决定的国家的某种行为的后果？或者，换句话说，国际法是否决定国家的某种行为为某种强制行动的条件，从而使这种行为成为国际不法行为，并使强制行动具有制裁的性质？国际法是否规定有对于不法行为负责国的通常受保护的利益范围进行强力干预？如果国际法规定了这种强制行动，它们就只能是作为国际法主体的国家所能采取的，而不是国际共同体的特殊机关所能采取的。因为，一般国际法所构成的这一法律共同体是完全分散化的，它没有创造和适用法律的特殊机关。一般国际法由于其分散化，具有原始法律的性质；原始法律的特征是：它没有设立特殊的立法、司法或行政机关，而把有关职能交给各主体，即法律共同体的成员。如果一般国际法规定有作为制裁的强迫行为，则有关国家被授权执行这些行为，或者，象通常对自助原则的这一方面所表述那样，把法律掌握在自己的手中。①

① 在"女王诉坎因"一案中（英国保留王位案件法院，1876年，《法律报告》，第卷，第63页），法院声称："严格地说，国际法是一个不确切的措词；如果不注意其不确切性，就很容易引起误会。法律意味着有一个造法者和一个能够执行法律并对违反法律者加以强迫的法院。但是，各主权国家没有一个共同造法者，也没有一个有权用判决去拘束它们或对它们加以强迫的法院。"但在"普罗麦秀斯号"一案中英国香港最高法院，1906年，《香港法律报告》第2卷，第第207，225页），法官声称："普罗麦秀斯号船主方面争辩说，'法律'一词用于通常称为国际法这个公认原则和规则体系，是一个不确切的措词，换句话说，并没有国际法这样的东西；不可能有这种对于一切国家都有拘束力的法律，因为这种法律并没有制裁，这就是说，对于任何拒绝服从的国家没有强迫其服从这种法律的方法。我不同意这一论点。在我看来，由于所有国家同意受拘束的协议，一种法律是可以确立并成为国际的，这就是说，是对所有国家有拘束力，虽然也许不可能强制参加协议的任何一定当事国服从这种法律。"

4.报　复

对国际关系的分析表明，对国际法通常保护的国家利益范围有两种不同的强力干预。其区别在于强力干预的程度。在原则上，干预可以是有限度的，或者是无限度的；这就是说，对一个国家所采取的强制行动可能只限于侵犯这个国家的某些利益，或者，这种强制行动可能影响到它的一切利益。关于一个国家对另一国家的利益范围的有限度干预的特征，有一种公认的意见。这种干预被认为是国际法意义上的不法行为，除非它具有报复的性质。就作为不法行为的反应而发生的范围内，它被允许作为报复，而不是不法行为。报复的通常定义有如下述：报复是一些行为，虽在通常情形下是不合法的，但却例外地被允许作为一个国家对另一个国家侵犯其权利的反应。对于对国际不法行为负责的国家实行报复的典型例子，是没收该国或该国公民的财产或在与该国的关系上不履行条约的义务。在战时，报复的情形可能是：交战一方不遵守关于作战方法的规则(例如禁止使用毒气的规则)，作为对交战他方破坏这些规则的反应。

实行报复并不排除使用武力。但是，如果一个强制行动包括了武力使用，那么，在一些具体情形下就难以区别报复——作为有限度的干预——和其他形式的强制行动，即用称为战争的武力对另一国利益范围的无限度地干预。

报复必须与其所针对的不法行为相称，这是一项公认的原则。① 所以，没有什么东西妨碍我们把报复称为国际法的制裁。因

① “诺利拉”一案(《国际公法案件年摘，1927—1928年》，第360号案件)曾经确认这些原则：报复只有作为对破坏国际法的反应才是合法的；报复必须与国际不法行为相称。1914年10月19日，当德国尚未与葡萄牙处于战争状态时，德属西南非一名德国官员和两名德国军官被诺利拉的葡萄牙边境哨所人员杀(接下页注)

为，报复是对破坏国际法，即对国际不法行为的反应。一般国际法给予每个国家在其利益范围被另一国家侵犯时采取具有报复，即具有对另一国家利益范围加以有限度干预的性质的强制行动的法律权力。这样，国际法就使这些侵犯行为成为国际不法行为。

并不是一国的一切利益都受一般国际法这样的保护，因而都具有权利的性质。一个国家侵犯另一国家某些利益的行为可能不是一个不法行为，这就是说，利益被侵犯的国家可能不被授权对侵犯其利益的国家采取强制行动的方法来执行制裁，但是，它可以作出反应，对后一国家的利益采取类似的措施。这种反应被称为反报。反报不是制裁，因为它不是强制行动——在遇到反抗时是不容许使用武力的。然而，报复是强制行动，因为在遇到对这些行为进行反抗时是容许使用武力的。因此，如果一国的利益受到另一国家的侵犯，而对这种侵犯不容许实行报复——归根结底意味着不容许使用武力，这种侵犯就不是国际不法行为。

国际法授权实行报复的国家，即依据国际法决定的条件实行报复的国家，可以被认为是作为国际法所构成的国际共同体的一个机关行事的。这种强制行动可以被解释为这个共同体的行动，即其对破坏国际法的反应。但是，如果一国依据国际法所规定的

（接上页注）

死。另外两个德国人受伤，并被拘留。作为报复措施，在德属西南非总督命令下，德国部队攻击并摧毁葡萄牙领土的边境地区上的许多堡垒和哨所。此外，德国总督还派军事远征队前往诺利拉堡垒；该堡垒驻军进行反抗，但最后被迫放弃堡垒而撤退。葡萄牙方面争辩说，报复是没有理由的，德国应对入侵所引起的损害负责。案件被提交一个特别仲裁庭，该法庭查明，事件完全出于误会，而误会所以发生，主要是因为德国人不会说葡萄牙话，而葡萄牙军官认为自己处于危险境地而下令开枪。法庭判定德国应负责任，并声称正当行使报复的权利的一个必要条件是，报复所针对的国家破坏了一项国际法规则；而且，与激起报复的行为完全不相称的报复是过分的，因而是不法的。

以外的条件采取同样的强制行动，它就实施了国际不法行为，因为它是未经国际法授权而采取这种行动的。

5. 战争：战争的概念

对于战争，是否也可以作这样的解释呢？那种包括使用武力并构成一国对另一国利益范围的无限度干预的强制行动能不能解释为不法行为，即制裁的条件，或者解释为制裁呢？这就是，按照一般国际法，战争的法律意义是什么的问题。是否可以说，按照国际法，战争只被允许作为制裁，而任何不具有制裁性质的战争都是国际法所禁止的，从而都构成不法行为呢？

1. *战争：是双方行动，还是单方行动？* 在回答这个问题以前，有必要先确定战争的概念。在这方面，国际法作家的意见是不一致的。某些作者遵从格老秀斯的权威意见①，把战争界说为一种特殊状态；另一些作者则把它界说为一种特殊行动。前者所想到的状态是所谓战争状态。一国对另一国处于"战争状态"，意味着可以适用关于战争的国际法规则，即规定交战国和中立国的义务和权利的规则。这种战争状态是战争行为所引起的，这就是说，是包含使用武力的强制行动所引起的。但是，某些作者主张，单纯的战争宣告，也就是表示诉诸战争（即使用武力的意思）的正式宣告，即使这种意思实际上并没有或者还没有付诸实施，也引起战争状态。他们例举了这样一个例子：第一次世界大战期间某些拉丁美洲国家曾经对德国宣战，虽然在这些国家和德国的相互关系中并没有使用武力。但在宣战后，它们之间就被认为存在着战争状态，而和约才终止了这种状态。可能的是，按照一般国际法，宣战具有这样的

---

① 格老秀斯：《战争与和平法》，1625年，第十编第一章第二节第一段："战争是单纯看作那些用武力进行争斗者的状况（状态）。"

效果：可以适用国际法上关于交战国义务和权利的某些规则；例如，关于一方公民在另一方领土内的待遇的规则，或如，关于战争对条约的影响的规则。但是，如果没有使用武力，大部分关于战争的规则就不适用。如果只适用关于战争的某些规则，就不存在有完全意义的战争状态，而只是一种在某些方面与战争状态相类似的状态。如果这种状态为一个条约所终止，这个条约就不是真正意义上的和约。真正和完全意义的战争状态只能是战争行为所引起的，这就是说，是使用武力所引起的，而且，只有这种状态才可能是，虽然并不完全是，和约所终止的。所以，战争是一种特殊行动，而不是一种状态。从国际法的观点来看，最重要的事实是诉诸战争，而且就是诉诸一个行动，而不是诉诸一种状态。某些作者认为，参加战争的国家作战的意思，即交战意思，是必要的。交战意思就是从事战争的意思。但是，这只能是作战争行为的意思，即使用武力的意思，从而带有国际法对使用武力所附的一切后果。

许多作者把战争界说为两个或两个以上国家间武装部队的争斗。如果接受这个定义，那么，一国对另一国的那种包括使用武力的单方强制行动，而另一方未采取类似的强制行动作反应，就不能被认为是"战争"，从而关于战争的国际法规范就不适用于这种单方强制行动。但是，这样的战争定义能否成立，是有疑问的。大家都承认，如果采取包括使用武力的单方强制行动的国家在采取行动前先有战争宣告，或者这种行动所针对的国家对该行动回答以宣告，认为该行动为战争行为，这种行动就构成"战争"。战争在本质上是否是双方行动的问题，不应与是否有必要以及谁有权断定在一个具体情形下存在有战争的问题相混淆。象国际法附以某种后果的任何事实一样，"战争"这个事实必须由有权的权威予以断定。只要客观的权威尚未确立，国际法意义上的"战争"这个事实的存在就由各有关国家来断定。因此，在这些国家的相互关系中有或者

没有战争，就依靠这些国家来决定。但是，当一国遭到另一国的攻击时，它可以宣告它与侵略国处于战争状态，而它自己却不诉诸反战争，而且侵略国也没有正式宣战。因此，战争的存在并不决定于反战争的存在。①

2．战争与反战争　如果有可能把战争定分为不合法的或合法的，为不法行为或制裁，那么，对战争和反战争加以区别则是必须的。一国对另一国从事的战争可以是不合法的，而后一国对前一国用战争作出反应就可以是合法的；反之亦然。如果国际法有禁止战争的规则，使国家承担不诉诸战争的义务，就必须在一国违反这一义务而诉诸战争时规定制裁。如果国际组织未规定有效的集体制裁，那么，唯一有实效的制裁就是战争，这就是说，作为对不合法战争的反应的反战争。不合法战争所针对的国家——即不合法战争的直接受害国——以及协助受害国对不法行为作反应的第三国，可以诉诸反战争。如果这两种行动——战争与反战争——不加以区别，那么，这种情况的特征就有如下述："战争"同时是不合法的和合法的，是不法行为和制裁，而这在语辞上是有矛盾的。战争与反战争的相互关系同杀人与死刑的相互关系是一样的。任何人都不会认为，只有实际上执行了死刑，才有谋杀。禁止"战争"——

---

① 在"那雅德号"一案中(英国高等海军法院，1802 年，《英国报告》第 165 卷，第 602—603页)，发生英国的盟国葡萄牙是否与法国在作战的问题。法院声称，"葡萄牙方面有不认为其与法国在作战的愿望"，但法院声明："没有必要两国都宣战。不论一方怎样拖延和有屈服的表示，如果法国不愿接受那种屈服而坚持进攻葡萄牙，那就够了。"

在"艾立查·安号"一案中(英国高等海军法院，1813 年，《多得逊》，第一卷第 244 页)，法院声称，"一国的战争宣告并不是象当事人所主张那样的仅仅是一种挑战，他方可以任意予以接受或拒绝。它至少证明一方有实际战斗行动的存在，并且使他方也处于战争状态，虽然后者可以认为，它只进行防御，是适当的。"

因而是“不法行为”——的国际法规则所指的只是一国的行动，而不是另一国的反行动。这通常是用下述说法来说明的，即应予禁止的只是侵略战争，即首先作敌对武力行为的国家所从事的战争，而不是对侵略国进行自卫的国家所从事的战争。

3. 在国联盟约、凯洛格-白里安公约和联合国宪章的意义内的战争 国联盟约第16条规定了在一会员国对另一会员国“不顾本盟约……之规定而从事战争”时的制裁。诉诸战争的会员国是作了作为制裁条件的不法行为，即使被攻击的国家未诉诸反战争；被攻击的国家可以不诉诸反战争，而依靠按照盟约有义务对不法行为采取强制措施的其他会员国的行动。

凯洛格-白里安公约禁止战争作为国家政策的工具。但是，只有破坏公约的国家使用武力，才能被表征为作为国家政策工具。对这个国家的反战争是不能这样表征的。

有意义的是，在联合国宪章禁止战争的规定(第2条第4项)中并未使用“战争”这一术语。宪章对各会员国设定了在其国际关系上不使用武力的义务。战争作为一国对另一国使用武力，是被禁止的，而完全不问后一国的态度如何。不仅在战争是不法行为时，而且在战争是制裁时，战争都必须被认为是一国针对另一国使用武力，而不问后一国是否有反行动。在战争被国际组织用来作为对破坏国际法的反应的、包括使用武力的集体强制行动的情形下，这一点具有特别重要的意义。我们不能因为把这种行动称为“警察行动”，而取消其作为战争的性质。安全理事会依据联合国宪章采取的包括使用武力的强制行动，也可以具有战争的性质，而不问这种行动所针对的国家是否采取反战争。

4. 进攻战争与防御战争 如果战争具有制裁的法律性质，那么，就发生反战争是否合法的问题。在国内法上，对具有制裁性质的武力使用的反抗是被禁止的，而且构成了一个不法行为，对之

另加制裁。在国际法上，用武力反抗正当报复，肯定是不合法的，而且可以用另外的报复或战争予以制裁。如果对破坏国际法的行为诉诸作为制裁的战争，而破坏国际法的行为却不是对执行制裁的国家诉诸战争所造成的，那么，制裁就具有进攻战争的性质，而反战争则具有防御战争的性质。作为自卫权的行使，这种反战争似乎是合法的，而且既不是不法行为，也不是制裁。但是，自卫权必须被认为限于对不合法进攻的防御。并不是任何进攻战争都是不合法的，也不是任何防御战争都是合法的。把"进攻战争"和"不合法战争"经常等而视之，是没有理由的。依据凯洛格-白里安公约，任何作为公约缔约国的国家都可以对由于对任何缔约国诉诸战争而破坏公约的另一缔约国诉诸战争。所以，依据公约，一国可以对另一国诉诸战争，尽管后一国并未攻击前一国。

在这种情形下，进攻战争是合法的，而防御战争是不合法的。既然自卫权必须解释为只限于对不合法进攻的防御，那么，作为对具有制裁性质的战争的反应的反战争就总是不法行为。对于这种不法行为，实际上不可能另加制裁；要把这种反战争说成不法行为，也是不必要的，因为制裁已经在执行了。对安全理事会依据联合国宪章所采取的包括使用武力的强制行动的反战争，肯定是宪章第 2 条第 4 项所指的不合法使用武力。联合国所采取的包括使用武力的强制行动，即使这种强制行动是安全理事会对一个未诉诸战争的国家所采取的，也不是宪章第 51 条所指的"武装攻击"。所以，第 51 条所规定的自卫权并不包括对联合国所采取的作为强制行动而进行的对正当战争的反战争。

5."战争"的概念为"使用武力"的概念所代替　如果要把战争视为不法行为或制裁，战争就不能被界说为双方行动，而是包含使用武力的强制行动。而且，如果在国家关系上禁止使用武力，那么，使用武力是否具有战争的性质就成为次要的问题。但是，只要

重要的国际法规则——如规定战争行为的规则——提到"战争"，国际法学就不能取消战争的概念。既然并不是每一个包括使用武力的强制行动都是特殊的国际法意义上的"战争"，下述问题就发生了：在什么条件下，这种行动才是战争？

6．战争的目的　对上述问题的回答通常是在战争的定义中提及战争的目的：制服敌人并把和平条件强加于它。由于这个目的必定包含在各交战国的意思之中，交战双方必定都有这种意思。但是，很可能，被攻击的国家可以只有自卫的意思，而不是去制服进攻者，因而战争可能以一方未战胜他方而结束。甚至那些用交战一方制服他方的目的作为战争的特征的作者们也不否认，而且不能否认，譬如说，在海战中，交战者可能只限于单纯的海岸防御，而从事该战争——在国际法的意义内的真正战争——的意思是使敌人精疲力竭，而不是战胜敌人。在一些战争中，既没有战胜者，也没有战败者。

上述定义所以有问题，还因为战争可能在没有缔结和约的情形下结束。就和约所规定的内容不限于战争状态的终止而言，和约的缔结是超于战争行动的范围之外的。所以，在战争的定义中不应该加上对敌人强加和平条件的意思。具有战争性质的包括使用武力的强制行动与其他类似的强制行动之间的唯一区别，是一国的行动所构成的对另一国利益范围的强制干预的程度。战争在原则上是一国对另一国从事的包括使用武力的强制行动，它构成了对他国利益范围的一种无限度干预。

7．国际战争与国内战争（内战）　人们认为，战争的一个主要特征是一国（或一些国家组成的共同体）对另一国（或一些国家组成的共同体）所采取的行动。如果两方之一不是国际法意义上的国家（或一些国家组成的共同体，如联合国），强制行动即使包括使用武力，就不是国际法意义上的战争。所以，内战，即一个革命集

团反对合法政府的斗争，不是国际战争。只在国家之间才有战争的这项规则有一个例外，即如果在内战中叛乱者被承认为交战团体。

如果一国用其武力援助另一国——这就意味着援助另一国的政府——对未被承认为交战团体的叛乱者作战，援助国的强制行动就跟被援助国的强制行动具有同样的性质。它是在内战中参加了被援助国的合法政府的方面。这是这个国家的内部事务，即它对破坏其法律的反应，也就是它对不合法使用武力的反应。由于一国只有在得到另一国的明示或默示同意时在法律上才能参加另一国的内战，援助国的强制行动归根到底也就是被援助国的行动，因为它是被援助国政府所授权的。

6. 战争：战争的法律解释

1. 战争不为一般国际法所禁止　关于战争的法律性质，有两种完全对立的见解。一种意见认为：在一般国际法下，战争既不是不法行为，也不是制裁。如果没有一个特殊条约明文规定不得对另一国作战，或者规定只能在一定条件下诉诸战争，任何国家就都可以根据任何理由对任何其他国家进行战争而不违反国际法。因此按照这一意见，战争并不构成不法行为。既然称为战争的国家行动不是一般国际法所禁止的，那么在这个限度内，战争是允许的。

许多国际法作者主张，有一项规则似乎确立了某种限制，这项规则是：如果事前未有争端，也未试图通过谈判解决争端，国家就有义务不诉诸战争。由于这项规则并未规定谈判的程度，这一限制是没有什么意义的。根据这种意见，在进行任何种类谈判后诉诸战争，不问战争是否是对错误行为的反应，都不是不法行为。战争也不构成制裁，因为一般国际法并没有任何特殊规定，授权国家诉诸战争。一般国际法并未把战争确立为对一国的不合法行为的

反应。

2."正义战争"学说　然而，相反的意见则认为，按照一般国际法，战争在原则上是被禁止的。战争只有作为对不合法行为的反应，就是说，只有作为国际法所规定的一定的国家行为的反应，才是被允许的，而且只有当战争是针对对这种行为（即不法行为）负责的国家时，才是被允许的。战争被允许作为对国际不法行为的反应，这不仅对不法行为的直接受害国来说是如此，而且对于援助直接受害国的国家来说也是如此。象报复一样，如果战争不具有不法行为的特征，它就必须是制裁。这就是"正义"① 战争的理论。

(1)"正义"学说的历史　认为如果战争不是制裁，即对不法行为的反应，就是不合法行为，即不法行为，这种见解并不是近代文明的产物，它在最原始的情况下就有。甚至在原始社会内各敌对集团间关系上，就明显地表现出这种见解。拉德克里夫-勃朗在他以《原始法律》为题的一篇文章里写道："在某些共同体内，如在澳大利亚原群中，从事战争通常是一群人对其所认为应对其所受损害负责的另一群人的报复行为，其程序是由一系列公认的习惯来调整的，而这些习惯就等于近代国家的国际法。"② 一般说来，这是原始人的一切战争的特色。由于国际法是一种原始法律，很自然地，这个法律秩序就保存着"正义战争"原则。

因此，古代希腊人的城邦国家间的法律也有正义战争的概念。"如果各交战国未提出一定原因作为其所认为战争的有效和充分理由，就不从事战争。"③ 西塞罗④ 表达了罗马人所普遍流行的

---

① 在实在国际法意义上，"正义"一词是"合法"的意思。

② 《社会科学百科全书》，1933年，第9卷，第203页。

③ 柯立门·菲立普逊：《古代希腊罗马的国际法与习惯》，1911年，第2卷，第179页。

④ 西塞罗：《共和国》，第23章。

意见，他声称，只有基于防御的理由或基于报仇的理由而进行的战争，才能被认为是合法的行动："没有理由而进行的战争是非正义战争，因为除了为报仇或击退敌人的目的以外，是不能从事任何正义战争的。"① 奥古斯丁和塞维尔的伊西多尔(570年—636年)的"正义战争"理论受到了西塞罗的影响。托马斯·阿奎那(1224年—1274年)又从这些作者的著作中接受了"正义战争"的理论。它成为中世纪占统治地位的学说，后来为16、17、18世纪的自然法学说所采纳。格老秀斯特别阐明了这一见解："除受侵害外，从事战争就没有任何其他正当理由。"② 法太尔，18世纪最有代表性的国际法作家之一，在谈到从事战争的权利就是"使用武力的权力"时主张，象自然法一样，在国际法上也存在这种权利，因为只有当自然法是保卫和维护权利所必需时，自然法才适用于国家。因此，他把战争界定为"我们用武力强制执行我们的权利的状态"。③ 认为每次战争都必须有正当理由而且这种正当理由只能是遭受错误行为侵损这种见解，直到18世纪末年还占优势，但在19世纪，它在实在国际法学说中几乎完全消失，虽然它对于舆论和政府外交词令还有某种影响。只是在第一次世界大战以后，这种"正义战争"学说才又为某些作者所采取。④

(2) 对"正义战争"学说的反对意见　对于认为"正义战争"原则是一般国际法的一部分的见解所提出的反对意见不应予以低

---

① 参看威廉·巴立斯：《战争的法律地位》，第27页以下。

② 格老秀斯：《战争与和平法》，第2编，第1章，第1节，第4段。

③ 厄麦立·得·法太尔：《万国法，或适用于各国和各主权者的行为和事务的自然法原则》，1758年，第3编，第1章，第1、3段。法太尔在把战争界说为"状态"时，是遵循了格老秀斯的说法的。

④ 参看里奥·斯特里梭威尔：《战争与国际法秩序》，1919年。

估。只要任何有权决定一国对另一国诉诸战争是否合法的客观权威没有建立起来，“正义战争”原则的适用的确是很有问题的。更严重的是这样的论点：只有当战争是比敌方更强大的国家所进行的，诉诸作为制裁的战争才能成功。但是，相反地，不应忽视这样一个事实，即上述两个论点也适用于报复。然而，一般都承认，报复这些强制行动只有作为对国际不法行为的反应，也就是说，只有作为制裁，才是国际法所允许的。很不合理的是，一方面认为按照国际法，对一国利益范围的有限度干预是法律所禁止的，而且只有作为对国际不法行为的反应，即作为报复，才是被允许的，另一方面却认为对一国利益范围的无限度干预，即战争，是法律所不禁止的，因而它既不是不法行为，也不是制裁。报复和战争作为国际法的制裁的明显缺点，是国际法所构成的共同体的完全分散化的结果，而国际法正是由于这种分散化，特别是由于缺少一个集中化的行政权力，才具有典型的原始法律的性质。如果报复和战争——典型的自助措施——不被认为是合法制裁，是因为最低限度的集中化被认为是法律的必要因素，那么，我们称为一般国际法的社会秩序就不能被视为真正意义的法律。

但是，有一个为了反对“正义战争”学说而提出的论点却必须断然予以驳斥。那个论点是，战争的作用不仅是施行现行法律，而且是修改现行法律，使现行法律适应正在变更中的情况；由于没有一个立法权力能对反抗的国家起这种作用，其结果是维持现状，即使现状是十分不能令人满意的。按照这一见解，战争是动力，它可能达到我们从协议所产生的和平变更中所希望而又不能达到的结果。战争在国际法领域内起着与革命在国内法领域内相同的作用。上述比较是非常错误的。革命是一个国内共同体的臣民和该共同体的政府之间的冲突；战争则是国际共同体的两个或两个以上主体之间的冲突。与革命不同，从事战争并不具有变更客观法

律即法律秩序的一般规范的意思和目的，而是为了实现主观利益，即防御或破坏，并依据未变更的客观法律的一般规范而取得权利的。的确，关于战争行为的规范可能由于交战国在作战中实际上遵守长期确立的惯例的无意识的影响而发生变更。但是，过去各次战争所引起的战争规则的变更，如果有的话，并不能使战争成为造法因素。除了战争法以外，战争本身并不能变更，也从来没有变更，作为一套调整各国间和平关系的客观规范的一般国际法。只有和约才能有这样的效果。就两交战国之间的和约来说，只有一系列这样的条约——如果它们确立了一项新的一般原则，从而成为一个习惯国际法规范——才能改变客观法律。但是，事实上，绝大多数和约都没有这样的效果。至于多边和约，特别是结束第一次和第二次世界大战的条约，很难说改变了一般国际法，而且肯定不能说其在发展意义上改变了一般国际法。联合国宪章被认为是一般国际法，从而构成一般国际法的变更，但它不是和约；而且，它仅仅是为了对付共同敌人而联合起来的交战国在战争期间所订立的，这个事实已经证明这是其实效性的致命伤，并使其一切预想的变更都成了幻想。

的确，由于战争，特别是由于结束战争的和约，交战国之间的法律关系，即其主观权利和义务，可能发生变更，但是，变更只是在原有的一般国际法规范的基础上发生的。然而，某些国家的相互关系的现状并不会因为没有国际立法机关而不能改变，而且，和约所引起的变更则可能是很有问题的。因为，和约通常是战胜国强加于战败国的，而且和约所导致的现状变更可能符合现时的——但比较暂时的——实力情况。这种变更很难符合正义的观念，即使正义只不过被理解为一种保障持久和平的秩序。而且，即使战争的确有变更客观国际法的作用，而不只是变更各交战国的主观权利和义务，但是，这种野蛮程序所包含的种种牺牲是否与其效果

合理地相称，仍然是一个问题。

3. 实在国际法上的"正义战争"原则 (1)凡尔赛和约第231条 尽管第一次世界大战前大多数国际法作者都否定正义战争学说，而主张在一般国际法下一国对任何其他国家诉诸战争——不论基于什么理由——都不是不法行为的见解，但是，凡尔赛和约的最重要规定之一却是以正义战争学说为前提的。这个条约对德国及其盟国设定了赔补义务，而不是偿付战争赔款的义务，因为威尔逊总统在其《十四点》中曾经宣布不向战败国勒索战争赔款。正如上面所指出的，赔补义务是以违反国际法为前提的。

凡尔赛条约第231条，即以"赔补"为题的第八编的第1条，规定如下："协约及参战各国政府宣言德国及其各盟国使协约及参战各国政府及其国民因德国及其各盟国之侵略，以致酿成之后果，所受一切损失与损害，德国允由德国及其各盟国担负责任。"这一条款通过主张德国及其各盟国应对侵略行为负责而证明了对德国设定的赔补义务是正当的。这意味着，第231条把这种侵略表征为不合法行为，即不法行为。这一条没有提到德国及其各盟国破坏关于禁止战争的特殊条约，如保障比利时和卢森堡中立的条约。德国及其各盟国所应负责的不法行为是一般的"侵略"，即违反国际法而诉诸战争，而如果和约制定者同意每一个国家都有权根据任何理由对任何其他国家诉诸战争的意见的话，和约就不可能有这样的规定。如果德国所承认的侵略不被认为"不合法"，就不可能达成关于"赔补"的协议。德国及其各盟国的侵略所以被认为不合法，是因为它们在1914年所从事的战争被认为是"强加"于协约及参战各国政府的战争。这只能意味着，德国及其各盟国诉诸战争是没有充分理由的，也就是说，它们自己并未遭受协约及参战各国或其中任何一国的侵害。

"正义战争"原则是否是一般国际法的一部分的问题已经失去

了其许多重要性，因为在两次世界大战的影响下，已经有3个条约禁止在国际关系中使用武力，而几乎世界上所有国家都是这3个条约的缔约国；这3个条约是：1919年的国际联盟盟约（对德、奥、匈、保各和约的第一篇）；1928年的非战公约（即巴黎公约或凯洛格-白里安公约）；和1945年的联合国宪章。

(2)国际联盟盟约　国际联盟盟约并不在一切情形下禁止诉诸战争。在国联各会员国的关系中并不绝对排斥自助。按照第12条和第15条，各会员国应将其争端提交一个国际法庭或提交行政院裁定。提交国际法庭的前提是争端各当事国的协议。各会员国应执行法庭的判决，并不得对遵从判决的国联会员国诉诸战争。对于一个违反自己的义务而不遵从法庭判决的国家，则不排除诉诸战争（第12条和第13条）。如果关于将争端提交一个法庭的协议未能达成，各当事国有权将争端提交行政院；行政院被授权在争端当事国一方请求下进行处理，而不需要双方关于提交行政院的协议。行政院首先应尽力促使当事国之间达成协议，“使此项争议得以解决”。但是，如果争端不能这样解决，行政院应向各当事国作出建议，以解决争端。然而，只有各争端当事国代表以外的行政院各会员国一致同意的建议，才能使行政院的建议有一种法律效力。这种效力表现为禁止对遵从建议的当事国作战。对于不遵从建议的当事国，则不排除诉诸战争。如果各当事国都不遵从行政院的建议，也就不排除诉诸战争。如果行政院不能达成一致通过的建议，战争是盟约所明文允许的，但只限于“为维持正义或公道所必需”（第15条第7款）。如果这一公式应理解为维护国际法（如盟约序文所宣布的），而且如果只有维护国际法的战争才被允许的原则适用于一切不禁止战争（或明文允许战争）的情形，那么，盟约可以认为是符合于上面所提出的“正义战争”学说的。最后，如果战争是起因于国内管辖事件的，战争就不被禁止，至少未明文被禁止。关于

这一点，第15条第8款规定："如争执各方的任何一方对于争议自行声明，并为行政院所承认，按诸国际法纯属该方国内管辖之事件，则行政院应据情报告，不作解决该争议之建议。"在一切不禁止战争的情形下，争端各当事国非俟国际法庭判决或行政院报告或建议后3个月届满以前不得诉诸战争(第12条第1款)。

盟约对于自助原则只加以轻微的限制，因为盟约只确立一种最低限度的集体安全。按照第16条第1款，各会员国应使违反盟约诉诸战争的会员国受到经济制裁，即"断绝各种商业上或财政上之关系，禁止其人民与破坏盟约国人民之各种往来并阻止其他任何一国，不论为联盟会员国或非联盟会员国之人民财政上、商业上或个人之往来。"为了给这项义务提供根据，盟约规定，不顾盟约诉诸战争的会员国"则据此事实应即视为对于所有联盟其他会员国有战争行为"。这一说法不过是一种法律虚构，其本身对于第16条第1款所规定的诉诸制裁的义务并不增添什么。除了这项义务以外，各会员国依据第16条第3款有义务，"当按照本条适用财政上及经济上应采之办法时，彼此互相扶助，使因此所致之损失与困难减至最低限度"，并且"如破坏盟约国对于联盟中之一会员国实行任何特殊措施，亦应互相扶助以抵制之。"至于第16条第2款所规定的军事制裁，各会员国并不承担任何义务。它们只被授权采取包括使用其武装部队的强制措施。行政院无权干预经济制裁。至于军事制裁，行政院只有权"向各有关政府建议之责，俾联盟各会员国各出陆、海、空之实力组成军队，以维护联盟盟约之实行。"按照第16条第3款，各会员国"对于协同维护联盟盟约之任何联盟会员国之军队，应采取必要步骤。给予假道的便利。"盟约所确立的集体安全几乎完全是分散化的。一个会员国是否已经不顾盟约而诉诸战争这一决定性问题，是由其他会员国各自回答的。国联各会员国在实行第16条所规定的强制行动时，不受行政院或国联任

何其他机构的监督。行政院依据第16条第2款所提出的建议是没有拘束力的。第16条第1款到第3款所规定的经济制裁和军事制裁只是以不法使用武力即诉诸战争而破坏盟约为对象的，而不是以会员国所为的其他国际不法行为为对象的。

(3)凯洛格-白里安公约 1928年8月27日在巴黎签订的非战公约——通常称为凯洛格-白里安公约①——规定："缔约各方深信，各国彼此间关系的一切改变只能通过和平方法并且作为和平及有秩序调整的结果实现，此后任何签字国如用战争作为手段来谋求增进其国家的利益，不得享受本条约给予的惠益……议定下列各条：第1条 缔约各方以它们各国人民的名义郑重声明它们斥责用战争来解决国际纠纷，并在它们的相互关系上废弃战争作为实行国家政策的工具。第2条 缔约各方同意它们之间可能发生的一切争端或冲突，不论其性质或起因为何，只能用和平方法加以处理或解决。"凯洛格-白里安公约所确立的对战争的禁止，远远超过了国际联盟盟约所确立的禁止。只有两种战争未经明文规定禁止：①非为国家政策工具的战争；②——按照序文——对违反公约义务诉诸战争的国家的战争。属于第二种的，不仅是对进攻战争的反战争，就是说，行使自卫权而进行的战争，而且还有那些并非是这种破坏公约的受害国为了对破坏公约作出反应而进行的战争。至于第一种——非为国家政策工具的战争，则有两种可能的解释。按照一种解释，只有战争是遵照以集体安全为目的的国际协定而采取的包括使用武力的强制行动，它才能被认为不是国家政策的工具，例如，国联一会员国按照盟约第16条第2款所进行的作为军事制裁的战争。如果接受了这种解释，那么，在一个国际协定所组

① 阿里斯底得·白里安是当时法国的外交部长；弗兰克·凯洛格是当时的美国国务卿。

织的集体安全体系以外，一国对另一国所进行的战争，除公约序文提及的情形外，都应被认为是国家政策的工具，因而都是公约所禁止的。因此，这就排除了对不包括使用武力的国际不法行为使用武力。例如，如果在一个国际法庭所判决的一项争端中，一方违反其义务而不遵从法庭的判决，他方依据公约就不得使用武力以强制执行判决。如果这样解释，那么，该公约就成了在盟约和一般国际法下存在的情形的倒退，因为盟约和一般国际法都允许在上述情形下用武力实行自助。所以对"战争作为国家政策的工具"这一公式作另一种解释，是适宜的。

在禁止战争时，不应忽视战争不一定是国际不法行为，而是作为对不法行为的反应——制裁；不应忽视战争是一般国际法的最后制裁，而且在其未被包括使用武力的有组织的集体强制行动所代替以前，是不应废除的。排除了作为自助方法的战争，而不提供有实效的集体制裁，会产生有利于那些违反国际法而未诉诸战争的国家的不适宜效果。如果把该公约解释为不排除战争作为国际政策的工具，该公约的上述不适宜效果就可以避免。这样，作为对破坏国际法的反应的战争，也就是说，为了维护国际法而进行的战争，便被认为是国际政策的工具，而不是国家政策的工具。只有在自助被有实效的集体安全所代替时，对于反对破坏国际法的自助加以限制，才是合理的。无论对"国家政策工具"这一措词作怎样的解释，凯洛格-白里安公约是完全符合"正义战争"原则的，因为它只允许战争作为对破坏国际法的反应（虽然不是对每一次破坏国际法的反应）。①

---

① 在"麦新多什诉美国"一案中（《年摘，1929—1930年》，第137号案件），美国巡回上诉法院（1930年）撤销了区法院的院令，该院令对入籍申请加以拒绝，因为申请人声称，他只能在保留由其自己决定是否拿起武器保卫国家的权利的条件下，向政府作所要求的忠诚宣誓，而不事先承允参加作战而不问战争

（接下页注）

盟约以及凯洛格-白里安公约只禁止战争，而不禁止其他次于战争的强制行动。的确，用和平方法解决一切争端的严格义务不但排除了战争，也排除了争端一方对另一方采取报复。但是不论盟约或凯洛格-白里安公约都没有规定这样的义务。凯洛格-白里安公约第2条只对缔约各方设定寻求用和平方法解决其争端的义务。这个义务可能已经履行，而争端却没有得到解决。因此，公约禁止战争，而不禁止报复。

7. 在联合国宪章下的战争(使用武力)

1. *武力垄断的集中化* 在这方面，联合国宪章(1945年6月26日在旧金山签订)是一个显著的进展。它对联合国各会员国设定了一项严格的义务，要求它们用和平方法解决其争端并在其国际关系上不仅不使用任何种类的武力——包括战争及报复，而且不使用武力威胁或使用武力。宪章第2条第3项规定："各会员国应以和平方法解决其国际争端，避免危及国际和平、安全及正义。"对于这项义务，宪章其他条文，特别是第6章各条(第33—38各条)有具体的规定；这些条文确立了解决争端和调整不具有争端性质的情势的某些程序。第2条第4项规定："各会员国在其国际关系上不得用武力威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。"宪章把武力使用保留给联合国的中央机构——安全理事会。宪章所确立的集体安全是以联合国组织的集中化的武力垄断为特征的。这种武力垄断首先在序文中得到宣布，其中声称："非为公共利益，不得使用武力"；然后，第1条第1项规定，联合国的第一个"宗旨"是维

(接上页注)

的是非。除其他理由外，巡回上诉法院以下述说法为判决的理由："正如国际法所承认的，在道义上有理由和无理由的战争是有区别的。……最近的凯洛公约就承认这一区别。"最高法院撤销巡回法院的判决并确认区法院的判决。

持国际和平及安全；并为此目的：采取有效集体办法，以防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他和平之破坏。”既然依据第 2 条第 4 项各会员国不得以“与联合国宗旨不符”的任何方式使用武力，任何不具有“集体”措施性质的武力使用就都是宪章所禁止的(如果它未被明文允许作为第 2 条第 4 项的例外)。第 24 条明文授予安全理事会以行使联合国组织的武力垄断的职权，它规定：“为保证联合国行动迅速有效起见，各会员国将维持和平及安全之主要责任，授予安全理事会”。第 25 条对各会员国设定了“依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”的义务；第 2 条第 5 项则规定：“各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。”

2. 强制措施　有关第 24 条所提及的“联合国行动迅速有效”的问题，在以“对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法”为题的第 7 章(第 39—50 条)中有具体的规定。这种行动是一种“执行行动”，而强制行动只在有“和平之威胁、和平之破坏或侵略行为”的条件下，安全理事会才能采取。这种事实是否存在，应由安全理事会断定。当安全理事会已经断定和平受威胁或被破坏时，它可以提出其认为适宜的建议，或采取第 41 条和第 42 条所具体规定的强制行动之一。这是第 39 条所规定的，该条规定如下：“安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为之是否存在，并应作成建议或抉择第 41 条及第 42 条规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全。”

在作成第 39 条所提的建议或采取该条所提的措施以前，安全理事会可以向当事国建议某种“临时办法”。关于这个问题，第 40 条规定：“为防止情势之恶化，安全理事会在依第 39 条规定作成建议或决定办法以前，得促请关系当事国遵行安全理事会所认为必

要或合宜之临时办法。此项临时办法并不妨碍关系当事国之权利、要求、或立场。安全理事会对于不遵行这项临时办法之情形，应予适当注意。”

安全理事会所采取的强制措施应分为两类：不包含使用武力的强制措施和包含使用武力的强制措施。不包含使用武力的强制措施具有报复的技术性质。这些措施是第41条所决定的，该条规定如下：“安全理事会得决定所应采取武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮电、无线电、及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。”

包含使用武力的强制措施在技术上具有战争的性质。在这方面，第42条规定：“安全理事会如认为第41条所规定之办法不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员之空海陆军示威、封锁、及其他军事行动。”

按照宪章的意图，包含使用武力的措施只有在不包含使用武力的措施被认为不足或实际上不足时才应被采取。第45条还规定了一种特殊的军事强制措施，该条规定如下：“为使联合国能采取紧急军事办法起见，会员国应将其本国空军部队为国际共同执行行动随时供给调遣。此项部队之实力与准备之程度，及其共同行动之计划，应由安全理事会以军事参谋团之协助，在第43条所指之特别协定范围内决定之。”

将必需的武装部队交由安全理事会支配的困难问题，在第43条中得到了规定：“一、联合国各会员国为求对于维持国际和平及安全有所贡献起见，担任于安全理事会发令时，并依特别协定，供给为维持国际和平及安全所必需之军队、协助及便利，包括过境权。二、此项特别协定应规定军队之数目及种类，其准备程度及一

般驻扎地点，以及所供便利及协助之性质。三、此项特别协定应以安全理事会之主动，尽速议订。此项协定应由安全理事会与会员国或由安全理事会与若干会员国之集团缔结之，并由签字国各依其宪法程序批准之。”

注意这样一点是重要的，即这一条所提及的协定并不使各会员国负有将其本国武装部队一部分交由安全理事会支配的义务，而仅规定履行这项义务的方式。这项义务本身是第 43 条第 1 项第 1 句所无条件地确立的。协定只涉及第 43 条第 2 项所规定的事项。注意另外一点也是重要的，即这些协定是安全理事会代表联合国为一方和各会员国或一些会员国为另一方所缔结的条约。在技术上说，不可能有缔结一项条约的义务。因此，各会员国并没有缔结第 43 条第 2 项所提及的协定的法律义务。但是，只要还没有这种协定，会员国将其武装部队一部分交由安全理事会支配的义务是毫无价值的。

安全理事会所采取的强制行动是联合国组织的集体行动，而由联合国会员国来执行。在这方面，第 48 条规定：“一、执行安全理事会为维持国际和平及安全之决议所必要之行动，应由联合国全体会员国或由若干会员国担任之，——依安全理事会之决定。二、此项决议应由联合国会员国以其直接行动、及经其加入为会员之有关国际机关之行动履行之。”

会员国不仅有义务履行安全理事会关于强制行动的决议，而且有义务在履行这项义务时彼此援助。在这方面，第 49 条规定：“联合国会员国应通力合作，彼此协助，以执行安全理事会所决定之办法。”

会员国将其武装部队用于强制行动时，有权参加安全理事会的有关决议。第 44 条规定：“安全理事会决定使用武力时，于要求非安全理事会会员国依第 43 条供给军队以履行其义务之前，如经

该会员国请求，应请其遣派代表，参加安全理事会关于使用其军事部队之决议。”会员国参加决议的权利并不排除在按照第 27 条投票中被多数票所压倒的可能性。

安全理事会在采取包含使用武力的强制行动时由一个辅助机关——军事参谋团——予以协助。在这方面，宪章规定：“第 46 条：武力使用之计划应由安全理事会以军事参谋团之协助决定之。第 47 条：一、兹设立军事参谋团，以便对于安全理事会维持国际和平及安全之军事需要问题，对于受该会所支配军队之使用及统率问题，对于军备之管制及可能之军缩问题，向该会贡献意见并予以协助。二、军事参谋团应由安全理事会各常任理事国之参谋总长或其代表组织之。联合国任何会员国在该团未有常任代表者，如于该团责任之履行在效率上必需该国参加其工作时，应由该团邀请参加。三、军事参谋团在安全理事会权力之下，对于受该会所支配之任何军队，负战略上之指挥责任；关于该项军队之统率问题，应待以后处理。四、军事参谋团，经安全理事会之授权，并与区域内有关机关商议后，得设立区域分团。”

按照第 47 条第 1 项，安全理事会可以被认为是受其支配的武装部队的总司令。一个集体机构是一个不太适宜于统率武装部队的工具。安全理事会可以按照第 29 条指派一个总司令，作为一个辅助机关。实际上，联合国的武装部队是各会员国交由安全理事会支配的部队组成的。但是，这些部队是由安全理事会直接统率或由安全理事会所指派的总司令统率的。①

① 在朝鲜战争中，安全理事会于 1950 年 6 月 25 日通过一项决议（《联合国文件》S/1501），在这项决议中，安全理事会“对于来自北朝鲜的部队对南朝鲜的武装进攻深表关切”，并且“断定这个行动构成对和平的破坏”。决议的这一部分是以宪章第 39 条为根据的。然后，安全理事会“一、要求立即停止敌对行动，并促请北朝鲜当局立即将其武装部队撤退至三八线；二、请求联合国朝鲜委员

（接下页注）

宪章关于安全理事会为维持或恢复国际和平而采取的强制措施的规定实际上是无法适用的，其部分原因是直到现在为止还不能使第 43 条所提的特别协定发生效力；部分原因是安全理事会常任理事国不能取得一致同意，而其一致同意却是安全理事会依据宪章第 39 条、第 41 条和第 43 条通过决议时所必需的。这种情况使联合国大会于 1950 年 11 月 3 日通过了称为"保障和平的联合行动"的决议。这项决议是以对宪章的这样一种解释为根据的，按

（接上页注）

会，甲、尽速提出其经过充分考虑的关于局势的建议，乙、观察北朝鲜部队撤退至三八线，丙、将本决议的执行情形随时通知安全理事会；三、号召各会员国对联合国执行本决议给予一切协助，并勿对北朝鲜当局给予援助。"第一项的要求可能是依据第 41 条的，而且具有"临时办法"的性质。第三项的号召是提醒联合国各会员国注意宪章第 2 条第 5 项所规定的义务。1950 年 6 月 27 日，安全理事会通过一项决议（《联合国文件》，S/1511），在这项决议中，安全理事会"建议联合国各会员国向南朝鲜供给为击退武装进攻并恢复该地区国际和平与安全所必需的援助。"安全理事会用这项决议向各会员国建议，如果它们认为使用武力是击退北朝鲜部队的武装进攻和恢复和平所必需的，它们就使用武力。这项建议肯定是包括在第 39 条的措辞之内的。但是，这项建议是否符合第 39 条的精神，是有疑问的；第 39 条规定联合国仅能按照第 41 条或第 42 条采取强制措施。向各会员国提出使用武力以协助南朝鲜对来自北朝鲜的部队作战的建议不能是——象决议的措辞似乎所表示的那样——行使集体自卫权的建议。因为，按照宪章第 51 条，各会员国只有"在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前"，才能行使这种权利。安全理事会 6 月 25 日和 6 月 27 日的决议实际上采取了这些措施。1950 年 7 月 7 日，安全理事会通过一项决议（《联合国文件》，S/1588），在这项决议中，安全理事会三、建议所有依照前述决议提供军事部队和其他援助的会员国将该项部队和其他援助交由美国指挥下的统一司令部使用；四、请美国指派该项部队的司令官；五、授权统一司令部在对北朝鲜部队作战时除使用参加各国的旗帜外，同时使用联合国旗帜；六、请美国向安全理事提出关于在统一司令部指挥下所采取行动的适当报告。"第三项建议、第四和第六两项请求和第五项授权可能都是以第 39 条为根据的。

照这种解释，不仅安全理事会而且大会都可以实行联合国的武力垄断。按照这种解释，宪章赋予大会以用迅速有效行动来维持国际和平与安全的次要责任，因而使大会有权在大会断定存在有和平的威胁、和平的破坏或侵略行为时向联合国各会员国作出建议，倡议采取强制行动，特别是——在和平的破坏或侵略行为的情形下——采取包含使用武力的强制行动。大会提出这种建议的权力是宪章第 10 条所授予的，该条规定："大会得讨论本宪章范围内之任何问题或事项，或关于本宪章所规定任何机关之职权；并除第 12 条所规定外，得向联合国会员国或安全理事会或兼向两者，提出对各该问题或事项之建议。"

人们认为，大会提出建议的权力的唯一限制是第12条的规定，即当安全理事会处理争端或情势时，大会不得对这些争端或事项提出建议。由于第 10 条没有限制大会对宪章范围内的问题提出建议的内容，因而大会可以向各会员国建议使用武力。第 11 条第 2 项所规定的大会应将"凡对于需要行动之各该问题……，于讨论前或讨论后"提交安全理事会，被认为不构成第 10 条所规定的大会权力的限制。"保障和平的联合行动"的决议的最重要规定是：

(1)"安全理事会遇似有威胁和平、破坏和平或侵略行为发生之时，如因常任理事国未能一致同意，而不能行使其维持国际和平及安全之主要责任，则大会应立即考虑此事，俾得向会员国提出集体办法之妥当建议，倘系破坏和平或侵略行为，并得建议于必要时使用武力，以维持或恢复国际和平与安全"；(2)"(大会)建议联合国会员国，各在本国军队内保留军队若干，其训练、组织与装备应以随时均能根据安全理事会或大会之建议，并依照本国宪法所定程序，迅即调用为联合国一支或数支部队为准、但各会员国依据宪章第 51 条行使个别或集体自卫权利时仍可使用此项军队，并不因本条款而受影响"；(3)"(然后大会)设立和平观察委员会，并规定在

公历1951年及1952年内应由……14国为其委员国，今后任何地区倘有国际紧张局势发生，而其继续存在又足以危及国际和平与安全之维持，则委员会可观察该情势并提出报告"；(4)"(大会)设立集体措施委员会，以……14国为其委员国，并着令委员会商同秘书长以及其认为适当之会员国，研究各种可依据宪章之宗旨及原则而用以维持并增强国际和平与安全之方法，……至迟须在1951年9月1日以前向安全理事会及大会提出报告。研究时并应注意集体自卫及区域办法(宪章第51条和第52条)。"①

3. 宪章和盟约的区别　盟约所确立的集体安全体系和宪章所确立的集体安全体系的主要区别有如下述：

(1) 在一个具体情形下有权决定是否存在有强制行动的条件者，依据宪章，是联合国机关，即安全理事会及——按照大会的《保障和平的联合行动》的决议——大会，而依据盟约，则是国际联盟每一个会员国。

(2) 有权采取强制行动者，依据宪章，是安全理事会(通过对各会员国有拘束力的决议)及——按照大会的《保障和平的联合行动》的决议——大会(通过向各会员国提出的建议)，而依据盟约，则是国联每一个会员国，它有义务采取不包含使用武力的强制行动(经济制裁)并被授权采取包含使用武力的强制行动(军事制

---

① 大会将《保障和平的联合行动》的决议加以适用，于1951年2月1日对于共产党中国政府干涉朝鲜战争通过一项决议，其中最重要内容如下："大会……认定中华人民共和国中央人民政府由于直接援助和协助业已在朝鲜进行侵略的人，而且对联合国在朝鲜的部队从事敌对行为，它自己已在朝鲜从事侵略；要求中华人民共和国中央人民政府设法使它在朝鲜的部队和国民停止对联合国部队的敌对行为，并撤离朝鲜；申明联合国继续在朝鲜对付侵略的决心；号召所有国家与当局对联合国在朝鲜的行动继续给予一切援助；号召所有国家与当局对在朝鲜的侵略者不给予任何援助……。"

裁)。行政院则只有在采取包含使用武力的强制行动(军事制裁)的情形下才有权提出有关这种行动的建议。

(3)依据宪章,联合国组织应拥有受其支配并归其统率的一定的武装部队,而依据盟约,则不是这样。依据宪章,采取强制行动的整个程序是集中化的,因而集体安全体系是集中化的,而依据盟约,则几乎是完全分散化的。

(4)盟约所规定的强制行动——经济和军事措施——具有制裁的性质。这些行动只在盟约被非法诉诸战争的会员国所破坏的情况下才能采取,而且仅应对不法行为会员国采取。宪章第七章所规定的集体强制行动,则可以由安全理事会在和平的威胁或和平的破坏的情形下不仅对联合国会员国采取,而且对任何国家采取(第39条)。一国的行为虽经安全理事会依据宪章第39条宣布为和平的威胁或和平的破坏,并不一定就构成对于第2条第4项所规定的对不以武力威胁或使用武力的义务的违反。安全理事会可以认为,一国的行为既非武力威胁也非武力使用,而却是和平的威胁或破坏。如果安全理事会依据第39条所采取的强制行动被认为制裁,那么,宪章就必须被解释为使各会员国不仅负有不以武力威胁或使用武力的义务,即第2条第4项所直接载明的义务,而且负有不作安全理事会可能认为和平的威胁或和平的破坏的任何行为,即第39条所间接规定的义务——这种义务远远超过了第2条第4项所规定的义务。

按照大会的《保障和平的联合行动》的决议,在和平的威胁或和平的破坏的情形下,可以不仅对各会员国,而且对任何国家,采取按照大会建议的强制行动。为了把这种行动视为制裁,就必须认为,联合国各会员国有义务不作安全理事会或大会所可能认为是和平的威胁或和平的破坏的任何行为。

按照第39条的文字,安全理事会可以不仅对各国,而且对不

具国家的性质的各个人集团(例如,居住在无主领土上的人们、或未经联合国承认为国家的共同体、或未经承认为交战团体的叛乱者)采取强制行动。联合国通过安全理事会可以干涉一国的内战,如果安全理事会认为这一内战是国际和平的威胁的话。①

(5)宪章与盟约的最重要区别之一是,实际上第39条所规定的强制行动是不能以在安全理事会上有常任理事席位的会员国或安全理事会一常任理事国所保护的国家为对象的,因为按照第27条的规定,安全理事会关于强制行动的决议应有7理事国的多数可决票,其中包括全体常任理事国的同意票(否决票)。盟约所规定的强制行动的完全分散化却有避免否决权这种不良效果的好处。这也是《保障和平的联合行动》的决议的效果,按照这项决议,大会所建议的强制行动的对象可以是安全理事会常任理事国,因为大会投票程序是不适用安全理事会常任理事国一致同意的原则的。

4.第39条所规定的强制措施以外的制裁

宪章第5条和第6条规定有其他制裁。第5条规定:"联合国会员国,业经安全理事会对其采取防止或执行行动者,大会经安全理事会之建议,得停止其会员权利及特权之行使。此项权利及特权之行使,得由安全理事会恢复之。""防止行动"可能是指第40条

---

① 在朝鲜的情形下,安全理事会向各会员国建议对"来自北朝鲜的部队"或"北朝鲜当局"采取包含使用武力的强制行动,而安全理事会不认为它是一国的政府。这就意味着,北朝鲜与南朝鲜之间的战争是"朝鲜"的内战,而安全理事会认为"朝鲜"是在南朝鲜当局的合法统治之下的。这样,来自北朝鲜的部队对南朝鲜的"武装进攻"就不能是——象安全理事会所断定的那样——"和平的破坏",就是说,不能是国际和平的破坏。因为,国际和平是两个或两个以上国家之间的关系。它只能是国内和平的破坏,而作为国内和平的破坏,它只能被安全理事会认为是国际和平的威胁,而这种威胁以及"和平的破坏"(包括"侵略行为")是依据第39条可以采取"维持或恢复国际和平与安全"的集体措施的条件。

所提的"临时办法"。第 6 条规定："联合国之会员国中，有屡次违犯本宪章所载之原则者，大会经安全理事会之建议，得将其由本组织除名。"

盟约没有类似宪章第 5 条的规定，但盟约第 16 条第 4 款对会员国的除名问题作了规定。按照这项规定，被除名的会员国不得在有权通过有关决议的行政院会议上参加投票。宪章第 16 条的情形则不是这样。

对于会员国违反财政义务，宪章规定有一种特殊制裁。第 17 条第 2 项规定："本组织之经费应由各会员国依照大会分配限额负担之。"第 19 条规定："凡拖欠本组织财政款项之会员国，其拖欠数目等于或超过前两年所应缴纳之数目时，即丧失其在大会的投票权。大会如认为拖欠原因确由于该会员国无法控制之情形者，得准许该会员国投票。"

停止大会投票权的行使并不含有停止在安全理事会或联合国其他机关上投票的权利的意思，如果该会员国不仅在大会上而且在安全理事会或联合国任何其他机关也有代表的话。

宪章第 102 条也可以解释为规定一种特殊制裁："一、本宪章发生效力后，联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之。二、当事国对于未经依本条第一项规定登记之条约或国际协定，不得向联合国任何机关援引之。"盟约的类似规定是第 18 条："嗣后联盟任何会员国所订条约或国际协议应立送秘书处登记，并由秘书处从速发表。此项条约或国际协议未经登记以前不发生效力。"

宪章第 102 条与盟约第 18 条的区别是：依据盟约，条约不登记的效果是使条约完全无效，而这种效果对会员国和非会员国之间所缔结的条约来说，是不符合一般国际法的。另一方面，依据宪章，条约不登记仅有相对无效的效果：未经登记的条约只在联合

国的法律领域内才是无效的。

宪章对某些破坏国际法的行为规定有制裁，而并非对一切破坏国际法的行为都规定有制裁。即使对第 39 条和大会的《保障和平的联合行动》的决议作这样的解释，即可能被安全理事会或大会认为和平的威胁或破坏的一国的任何行为都是不法行为，而安全理事会所采取的或遵照大会的建议所采取的强制行动就是制裁，然而，还可能有一些一般国际法的不法行为不能按照宪章加以制裁。例如，不履行条约义务不可能为安全理事会或大会所认为和平的威胁或破坏，因而依据宪章是不可能被认为不法行为的，但是，依据一般国际法，它却是不法行为。然而，依据一般国际法，它之所以是不法行为，只是因为一般国际法授权因缔约另一方不履行条约而利益遭受侵犯的缔约一方对不履行条约的缔约另一方诉诸报复或战争。宪章第 2 条第 4 项禁止各会员国诉诸报复或战争，就是说，宪章由于将武力的使用保留给联合国组织，因而，就个别会员国实行制裁而言，是废除了一般国际法的制裁。但是，宪章并没有规定，如果一国的行为依据一般国际法是国际不法行为，联合国组织就要对其采取集体制裁。这就不是对一般国际法的改善；如果只有在规定有制裁作为相反行为的反应的情形下才能被认为存在有按照某种方式作行为的法律义务，那么，宪章就有这样的不良效果，使一切为一般国际法所确立但并不同时为宪章所规定的义务失去法律性质。

5. 单独与集体自卫　宪章所确立的武力垄断集中化受各会员国在两种情形下使用武力的权利的限制：(1)行使自卫权(第51条)；(2)对前敌国使用武力(第 107 条和第 53 条第 1 项)。

自卫权有时被认为是一种更广泛的权利的适用，即自保权的适用。按照某些作者所主张的学说，一国在行使这种自卫权时可以违反国际法的任何规范，从而侵犯另一国的任何权利，如果这

种行动是其保全自己所必需的，这也就是说，否则它就不能保护自己的重大利益不致受实际侵犯或不致有受侵犯的危险。① 在这种情形下，一国尤其可以侵入另一国领土，并在该领土上作强迫行为。采取这种行动并不需要其所针对的国家实际上曾经侵犯或威胁侵犯作自保行为的国家的权利。但是，很难证明这种自保权的存在是一般国际法所确立的。只有作为对另一国侵犯自己的权利的反应，一国才可以诉诸报复或战争，即侵犯另一国本来应受法律保护的利益。然而，只有"正义战争"原则被假定是实在国际法的一部分，对于诉诸战争才有这种限制。否定这一原则，从而一方面主张战争——即对国家的几乎所有权利的可能侵犯——不被禁止，而另一方面却同时又主张只有在行使自卫权时才允许侵犯另一国的权利，这是有矛盾的。同样，象某些作者所主张的那样，一方面主张，如果侵犯他国的权利是一国自保所必需的，一国就有权侵犯他国的权利，而另一方面却同时又承认，行使自卫权时所采取的行动虽然不是国际法所禁止的，从而也不是不法行为，但仍然是一种"侵犯"，而且应该予以赔补，这也是有矛盾的。如果该行动不被禁止，它就不能是法律意义上的侵犯，"侵犯"是与"不法行为"相同的；如果行使所谓自保权的国家有赔补其行动所引起的损害的义务，这种行动必须是不法行为，因为只有非法行为引起的损害才产生赔补的义务。如果所谓自保权的行使是不法行为，那么，就不可能有自保的"权利"。说一国在必要时有侵犯另一国权利的"权利"，意思可能只是说，这种对另一国权利的侵犯在道义上是可以宽恕的。

---

① 在"卡罗林号"一案中，美国国务卿宣称："这一点无疑是公正的，即：虽然承认有由于伟大的自卫法则而产生的一些例外，但是，这些例外应限于'该自卫的必要是急骤的、极大的、没有选择手段的余地、没有思考时间'的情况。"（参看约翰·巴塞特·摩尔：《国际法摘要》，第 2 卷，第 412 页。）

另一方面，毫无疑问，在一般国际法下是有自卫权的。它是一国使用武力反抗非法攻击而保护自己的权利。如果诉诸战争是一般或特别国际法所禁止的，那么，非法攻击可以是(但不一定是)战争行为。这样，被攻击的国家是诉诸反战争而行使自卫权的。非法攻击可能不是一些作为另一国机关的个人采取的在另一国领土上所进行的行动。这样，只有当另一国违反了其应采取措施以防止或制止非法攻击的义务，被攻击的国家才能行使在自卫权，对在该另一国的领土上的这些个人使用武力。因为，在另一国的领土上使用武力，就等于对另一国使用武力；而只有作为对破坏国际法的反应，这样使用武力才是被允许的，也就是说，在这种情形下，只有作为报复，才是被允许的。依据一般国际法，自卫权作为使用武力反抗非法使用武力的权利，是包含在自保原则之中的。只在一般禁止对法律秩序所构成的法律共同体的成员使用武力的一种法律秩序内，允许自卫的明文规定才是必要的。所以，国际联盟和凯洛格-白里安公约都没有，而且也不需要这样的规定。依据不禁止报复而且仅在一定条件下才禁止战争的盟约，用对不法战争的反战争来行使的自卫是不属于这些条件之列的。依据对于报复同样地不加禁止的凯洛格-白里安公约，用对不法战争的反战争来行使的自卫则包括在允许对破坏公约者进行战争的序文条款之内。然而，联合国宪章既然确立了联合国组织的集中化的武力垄断，它就必须规定这种权利，而且实际上第 51 条就有这样的规定；该条规定："联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。"这条规定把自卫权局限于"联合国会员国受武力攻击"的情形，并

限于安全理事会进行干预以前。这条规定授权所谓集体自卫，也就是各会员国援助受攻击的会员国的权利，从而扩大了自卫权。

宪章没有给“武力进攻”的概念下一个定义。这一概念在安全理事会进行干预以前是交由牵涉在冲突之内的国家来解释的。在安全理事会进行干预时，这一联合国机关就要断定，武力进攻是否已经发生，以及哪一国应对武力进攻负责，并且决定为恢复和平所必需的特殊措施。宪章并不要求安全理事会一定要对侵略者采取强制行动。安全理事会可以采取其认为恢复和平所必需的任何措施。按照第51条的文字，只在一个会员国受武力进攻的情形下，才有集体自卫的权利。所以，各会员国是否可以协助受武力进攻的非会员国而不违反其依据第2条第2项的义务，是有疑问的。这个问题在下述情形下是特别重要的，即一些会员国依据一个条约承担了在非会员国缔约国进行反抗武力进攻的自卫中予以协助的义务。1949年4月4日在华盛顿签订的北大西洋防御条约就是这种条约，十个会员国和两个非会员国（葡萄牙和意大利）是该条约的缔约国。其他组织集体自卫的条约是：1947年9月2日在里约热内卢签订的美洲间互助条约；1948年3月17日在布鲁塞尔签订的经济、社会和文化合作与集体自卫条约；和1951年9月1日美国、澳大利亚和新西兰在旧金山签订的条约。

6. 对前敌国的行动　关于对前敌国的行动，第107条规定：“本宪章并不取消或禁止负行动责任之政府对于在第二次世界大战中本宪章任何签字国之敌国因该次战争而采取或授权执行之行动。”

第52条授权各会员国订立区域协定，“用以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动之事件者”，但以此项协定“与联合国之宗旨及原则符合者”为限。第53条规定，非经安全理事会授权，不得依据区域协定采取强制行动，“但关于依第107条之规定对付本条第二项所指之任何敌国之步骤，或在区域办法内所取

防备此等国家再施其侵略政策之步骤，截至本组织经各关系政府之请求，对于此等国家之再侵略，能担负防止责任时为止，不在此限。”在第53条第2项中，“敌国”一词的定义是，“第二次世界大战中为本宪章任何签字国之敌国”。既然确立集体自卫权的第51条规定，本宪章的任何规定都不妨碍这一权利（这包含未经安全理事会授权而采取强制行动的权利），那么可以认为，在一个区域协定下，不仅依据第53条第1项所明文规定的条件，而且在行使集体自卫权时，都可以采取强制行动。

7. 对“国内管辖”事项的不干涉　联合国的职能的一个重要限制——虽不是对其武力垄断的限制——是第2条第7项所确定的，该项规定：“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该事项事件依本宪章提请解解决；但此项原则不妨碍第7章内执行办法之适用。”在头几个字里，宪章禁止联合国组织干涉“任何国家”的国内管辖事项，而不限于各会员国。然后，宪章免除各会员国将这种事项所引起的争端提请依据宪章解决（这可能是指宪章第6章所规定的和平方法解决的义务）。但是，这并不意味着，各会员国被授权使用武力来解决这种争端。因为，第2条第2项的最后一句把联合国组织依据第7章采取的强制措施置于不干涉原则之外。这就意味着，如果安全理事会断定和平的威胁或破坏的存在，安全理事会可以采取强制行动。这也可能意味着，各会员国虽然并无义务用和平方法解决在本质上属于争端当事国一方国内管辖事项所引起的争端，却不得以武力威胁或使用武力来解决该争端，因为武力的威胁或使用总可能被安全理事会认为是和平的威胁或破坏。联合国组织的集中化武力垄断是不受第2条第7项的影响的。

第2条第7项所确立的有限制的不干涉原则与反映一般国际法对国家所设定的不干涉义务的所谓国家基本权利并不相同。国

际法所禁止的“干涉”，通常被解说为一国对另一国事务的专断干预。“专断”干预是以武力的威胁或使用的干预。第2条第7项并不禁止个别国家进行这种干预——第2条第4项则包含有这种禁止——而仅禁止联合国组织进行任何种类的干预，包括非专断的干预。很显然，一般国际法并不在一切情形下都禁止干预：对另一国利益范围的强制干预是被允许作为对破坏国际法的反应的。那些主张有不干涉的基本义务的作者们承认，只在某些情况下，干涉才是一般国际法所允许的。对于这一学说所认为一国对另一国可以有干涉权利的理由加以分析，可以表明，干涉作为一国对另一国事务的专断干预，只有作为前一国对后一国侵犯前一国权利的反应，才是被允许的。只有“正义战争”原则被承认了，这种学说才是可能的。因为，它是与这样一个观点相矛盾的，即战争（对另一国事务的最剧烈的专断干预）不是一般国际法所禁止的。如果和平的威胁和和平的破坏被认为对联合国法的破坏，那么，第2条第7项所允许的安全理事会的干涉是符合国际法所确立的关于干涉的一般原则的。

8.战争：对战争行为的调整

国际法不仅决定在什么条件下诉诸战争被禁止为不法行为，或者被允许为制裁，而且对战争行为加以调整，而不问战争是合法的还是不合法的。违反关于禁止战争的规则而诉诸战争从而作出的不法行为，与违反关于战争行为的规则而作出的不法行为，两者之间是必须加以区别的。后一种不法行为可以发生在合法战争中，也可以发生在不合法战争中。对违反关于禁止战争的规则的制裁，是遭受攻击的国家所进行的反战争以及其他国家遵照为此目的而缔结的条约所进行的报复或战争，而对违反关于战争行为的规则的制裁，则只能是与给对这种违法行为负责的国家处于

战争状态的国家所采取的报复。调整战争行为的规则是一般的习惯国际法的规则，或是特别的约定国际法的规则。在后一种情形下，它们只对各缔约国有拘束力。仅由世界上某些国家而不是所有国家缔结的有关条约，往往包含着一些对古老的一般习惯法加以明确规定的规则。在这些条约中，有一些条约的拘束力还受所谓一般参加条款的限制，按照这种条款，只有在一切交战国都是该条约缔约国的情形下，该条约的规定才能适用。某些国家曾经在签订条约（如1952年关于禁用毒气或类似毒气及细菌方法作战议定书）时附以下述的保留：本条约的规定在对其军队或其盟国军队不遵守这些规定的任何交战国的关系上不具拘束力。

调整战争行为的最重要条约有如下述：

1907年10月18日在海牙签订的关于战事开始的公约（第三公约）；1907年10月18日在海牙签订的关于陆战法规与惯例的公约（第四公约）；1899年7月29日在海牙签订的关于裂开子弹的宣言（第四公约第三号附件）；1899年7月29日在海牙签订的关于窒息性气体的宣言（第四公约第二号附件）；1925年6月17日在日内瓦签字的禁用毒气或类似毒品及细菌方法作战议定书；1856年4月16日关于海战的巴黎宣言；1907年10月18日在海牙签订的关于商船改充战舰的公约（第七公约）；1907年10月18日在海牙签订的关于敷设海底自动触发水雷的公约（第八公约）；1907年10月18日在海牙签订的关于战时海军轰击的公约（第九公约）；1907年10月18日在海牙签订的关于海战时限制捕获权的公约（第十一公约）；1936年11月6日在伦敦签订的关于对商船使用潜水艇的议定书；1917年10月18日在海牙签订的禁止从气球上放掷炮弹和炸裂品的宣言（第十四文件）；1929年7月29日在日内瓦签订的关于伤病员和战俘待遇的公约；1907年10月18日在海牙签订的将1864年8月22日关于改善

战地作战部队伤病员待遇的日内瓦公约原则推行于海战的公约(第十公约)(关于陆战，已经为1929年7月29日的公约所代替)；1907年10月18日在海牙签订的关于陆战时中立国和中立国人民权利和义务的公约(第五公约)；1907年10月18日在海牙签订的关于海战时中立国权利和义务的公约(第十三公约)。①

1949年8月12日在日内瓦，全世界绝大多数国家的代表签订了保护战时受难者会议的最后议定书，其中附有四个公约，关于：(1)改善战地武装部队伤者病者境遇；(2)改善海上武装部队伤者病者及船难者境遇；(3)战俘待遇；(4)战时保护平民。每个公约第二条都包括有下述规定："本公约适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一方不承认有战争状态② ——凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。——冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束。"注意这样一点是重要的，即这三款规定中的第一款把本公约的适用推广到通常意义的"战争"的情形以外，推广到各种"武装冲突"；而且按照第三款规定，这些公约是——有条件地——有利于第三国——非缔约国的国家——的条约。非缔约国"接受并援用"本公约规定的条件并不意味着该国已成为缔约国。是否满足了这个条件，则由每个缔约国自己决定。

最重要的关于战争行为的国际法规则有如下述：

1. 战争的开始和终止　关于战争开始的第三公约第一条规

---

① 以后在提到这些公约时一般就使用号数，如：第四公约。

② 在引文中；横线，象这里所用的——，表明原文中一段。

定：非有预先和明显的警告，其形式或用说明理由的宣战，或用最后通牒，即以宣战为条件的结束谈判的最后建议，国家之间不得开战。这项规定是否像人们所经常设想那样，只是一项一般习惯法规则的编纂，是有疑问的；在许多情形下，这项规定肯定未得到被遵守。

战争的终止是和平的开始。通常，各交战国缔结和约，其中包含一项条款载明：今后应开始和平，或和平状态已经确立，或在交战国的关系上战争状态已经终止。这项条款包含有缔约国承担不再作战争行为的义务的意思①。在条约已经生效后，一方对他方所作的战争行为就被认为是不合法的，即对和约的破坏。如果交战一方的政府破坏和约，继续作战争行为②，战争就没有终止。所以，并不是——像通常所认为的那样——由于和约，③而是由于和约

① 例如，这种义务就曾明文规定在1912年10月18日意大利和土耳其签订的洛桑和约第一条中。"本约签订后，两国政府约定立即采取使战事立即同时停止的必要措施。"

② 这与交战一方的部分军队不知和约已经生效而作战争行为的情形不同。在后一种情形下，只须对错误行为作赔补。"约翰号"一案（《多得逊》，第2卷，第336页，1818年）就适用了这项原则。1814年12月24日英国和美国在根特签订的和约规定，条约批准后应立即向双方部队发出停止继续作战的命令；而且任何一方在条约载明的时间后所拿捕的船舶应予归还。美国船"约翰号"于双方同意的期限届满后被英国军舰拿捕，而拿捕者和捕获品都不知道已经媾和的事实。不久以后，"约翰号"沉没了。美国政府代表船舶所有人向联合委员会提出赔偿要求，该委员会判决赔偿。参见皮特·柯贝特：《国际法主要案件》，1924年，第2卷，第344页。

③ 在"柯泽亚斯诉泰塞尔"一案中（英国高等法院，国王分庭，1920年1月13日；《年摘，1919—1922年》，第302号案件），原告以1918年11月2日与被告缔结生效的保险单为其权利主张的根据，按照保险单，被告同意"如果英国和德国不在1919年6月30日或该日期以前媾和"，他就偿付原告一批款项。法院判定，1919年6月30日或该日期以前并未媾和，因而原告有权收回保险单所担保的款项；法院在其他理由外以一般国际法的一项原则为理由，法院说明该

（接下页注）

规定义务的履行，而交战国才终止战争的。在没有缔结和约的情形下，美国国会通过了一项决议，于1921年7月2日经总统核准，其中声称，“兹宣布终止1917年4月6日经核准的国会联合决议所宣告的德意志帝国政府和美利坚合众国之间的战争状态。”这是对两国之间的战争已经终止的事实的确定。后来于1921年8月25日签订的美德两国条约并不是特殊意义的和约，就是说，并不是为了终止战争的目的而缔结的条约，而是为了“恢复战争发生前两国之间的友好关系”而缔结的条约。1946年12月31日，美国总统宣布“第二次世界大战的敌对行为的终止”，并不具有“终止战争状态本身的效果”。但是，1951年10月19日经总统核准的国会联合决议宣告终止了1941年12月11日经核准的国会联合决议所宣告的存在于美国和德国之间的“战争状态”。在有些情形下，是不可能缔结和约的；例如，交战一方由于战争的结果而失去了存在，其失去存在是因为其领土已被交战另一方所兼并，或者因为它已被分裂而在其领土上建立了几个新国家。此外，对于被解释为制裁或不法行为的战争，不再作武力行为的契约性义务，是否适当，是有疑问的。为了终止战争的目的而缔结和约的实践是以这样一种见解为前提的，即战争在本质上是双方行动，其本身既不是不法行为，也不是制裁。如果从事战争是不法行为，一国就不能在条约上承担不再进行战争的义务。关于禁止战争的法律规则已经确立了这种义务，而承担终止一个具有制裁性质的战争的义务是——至少是——多余的，因为，作为制裁，战争在其完成其目的时就要终止了。如果战争是一个国际组织按照其组织法对一个不法行为

(接上页注)

项原则如下：“一些权威表明，在任何法律或契约未作特殊的相反规定的情形下，国际法的一般规则是：在曾经交战的文明国家之间，在和约最后拘束各交战国以前，和平就尚未成立，而且，在其互换和约批准书以前，那一阶段也仍然尚未达到。”

国所执行的集体制裁，那么，由和约未终止战争的实践是更有问题的。在这种情形下，和约就要由国际组织为一方和不法行为国为另一方所缔结的。在缔结条约时，缔约各方是处于平等地位的。在不法行为国和决定及执行制裁的权威之间的关系上，是不存在这种法律情况的。当然，这一点只适用于和约的特殊作用，即不再作战争行为的义务，但就和约对缔约各方通常所设定的其他义务来说，就不适用了。

2. 可能作为毁坏性战争行为的对象的个人　战争是通过一国的武装部队对另一国所进行的强制行动。这种行动是对人的生命、健康、人身自由和财产的强制剥夺。对战争的毁坏性效果加以限制的趋向导致了这样一项原则，即个人如果不直接或间接属于交战国的武装部队，就不应加以杀伤或俘虏，并且除某些情况外，不应剥夺其财产。但是，必须承认，自第一次世界大战以来，属于和不属于一国武装部队的个人之间的区别成了问题。关于由于参加毁坏性活动（杀死、伤害、捕获俘虏、破坏财产）而直接属于武装部队的个人——所谓武装部队的战斗——与由于不参加毁坏性活动而只间接属于武装部队的个人，如技师、医生、护士等——所谓武装部队的非战斗员——之间的区别，一般习惯法规则是，后者不应予以杀伤。他们可以俘获为战俘，但以照顾伤者、病者为职务的人员除外。如果这些人员落入敌国的手中，他们不应被拘留为战俘，而必须尽速送返敌后。即使是一个战斗员，如果已放下武器或由于没有防御手段而投降，也不应该被杀伤。宣告格杀无赦，是被禁止的。战争一旦终止，掌握战俘的交战国有义务立即释放他们并遣送他们回国。这些是一般国际习惯法规则，现在也规定在1907年关于陆战法规与惯例的海牙公约和1929年关于伤病员的日内瓦公约中。[①]

① 1949年关于战时保护平民的日内瓦公约规定："第32条，各缔约国（接下页注）

3．毁坏手段　调整战争行为的国际法规则不仅对作为毁坏性战争行为的对象的个人在种类上加以限制，而且也对毁坏手段加以限制。禁止使用毒气或有毒武器以及旨在引起不必要痛苦和背信弃义地杀伤属于敌国或敌军的个人的武器、子弹或物质，是一般的习惯国际法的一项规则，这项规则已被编纂在海牙陆战法规与惯例公约的章程第23条(甲)、(乙)和(戊)各款中。

一些条约禁止使用爆炸性或裂开性子弹和散布窒息性或有毒瓦斯的炮弹，以及由气球上或他种飞船上投掷炸弹或爆炸物。但是，这些条约只为某些国家所批准，而未为一切国家所批准，而且关于空战的禁例就从来没有被遵守过。

按照对任何种类战争均可适用的一般国际法，1907年的第四公约对陆战作了下述规定："第25条，禁止用任何手段对未设防的

(接上页注)

特别同意禁止各该国采取任何是以使其手中之被保护人遭受身体痛苦或消灭之措施。此项禁令不仅适用于谋杀、酷刑、体刑、残伤肢体及非为治疗被保护人所必需之医学或科学实验，并适用于文武人员施行之其他任何残酷措施。第33条，被保护人无论男女不得因非本人所犯之行为而受惩罚。集体惩罚及一切恫吓恐怖手段，均所禁止。禁止掠夺。禁止对被保护人及其财产采取报复行为。第34条，禁止作为人质。"

特别重要的是适用于内战的第3条："在一缔约国之领土内发生非国际性的武装冲突之场合，冲突之各方最低限度应遵守下列规定：(一)不实际参加战争之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留，或其他原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：(甲)对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；(乙)作为人质；(丙)损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；(丁)未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判而遂行判罪及执行死刑。(二)伤者、病者应予收集与照顾。——公正的人道主义团体，如红十字国际委员会，得向冲突各方提供服务。——冲突之各方应进而努力；以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力。——上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。"

城镇、乡村、住宅或建筑物进行攻击或轰击。第 26 条，统率进攻部队的军官除在袭击的情形外，必须于开始轰击前尽力设法警告地方当局。第 27 条，在包围和轰击时，必须采取一切必要步骤，尽可能地保全供宗教、艺术、科学、慈善事业之用的建筑物、历史纪念物、医院及收集病者、伤者的处所，但以它们当时未用于军事目的者为限。——被包围者有义务用显明易见的标志将这些建筑物或处所标明，这种标志应事先通知敌方。第 28 条，禁止对一城镇或一地方进行掠劫，即使在由于袭击而夺取该城镇或地方时。”

类似的规定也见于关于战时海军轰击的海牙公约。第四公约第 25 条、第 26 条和第 27 条所定下的规则，在两次世界大战的空战中都没有被遵守。它们是否仍然被认为有效，是有疑问的。

关于敌产的毁坏，一般国际法的一项规则——也见于第四公约的章程第 23 条款——规定：禁止破坏敌国私产或公产，除非这种毁坏行为是战争所迫切需要的。关于敌产的占取，必须把交战国自己领土上的敌产和交战国侵入的敌国领土上的敌产加以区别。一般国际法有一项规则，禁止各交战国没收其本国领土上的私有敌产和取消对敌国臣民所负的债务。但是，一般国际法没有任何规则，禁止一个交战国没收在该交战国领土上的某种敌国公产。

4．交战占领　一般国际法的一项规则是：在战争进行中，对敌国领土的单纯占领并不使被占领的领土成为占领交战国的领土，或者——像通常所表述的那样——占领交战国并不取得该领土的主权，而该领土仍是战争所针对的国家的领土。占领交战国有按照国际法所决定的方式管理该领土的义务。有关的规则见于第四公约所附章程第 42 条至第 56 条。按照第 42 条，当领土实际上被置于敌国军队的权威之下时，该领土便被认为被占领。按照第 43 条，占领国“应采取其力所能及的一切措施恢复并尽可能保证公共秩序与安全，除绝对有妨碍外，并尊重当地的现行法律。”占

领国只有在其武装部队的安全要求加以变更的范围内才可以变更占领地的现行法律——实体法以及程序法。① 占领国被明文禁止"强迫它所占领的领土上的居民提供关于交战另一方的军队或它的防御手段的情报"（第44条）和"迫使被占领地居民对敌国宣誓"（第45条）。"家庭荣誉和权利、个人生命和私有财产以及宗教信

① 在第一次世界大战德国占领比利时期间，德国总督于1918年8月8日发布一项命令，禁止蔬菜于未采集前出售。在"沃沙尔诉柯尔诺供应委员会"一案中（《年摘，1919—1922年》，第327号案件），比利时列日上诉法院1920年2月28日判称，违反这项命令订立的契约是无效的。它声称，占领国是代替暂时被剥夺权力的合法当局采取行动的，而且符合海牙公约第43条的规定的。但在"得·不拉班和高塞林诉佛洛林兄弟"一案中（《年摘，1919—1922年》，第328号案件），布鲁塞尔上诉法院于1920年7月22日判称，1918年8月8日德国命令的目的不是保证公共秩序和安全，而是饿死居民。它超越了海牙公约第43条给予占领者的权力；它从来就没有法律的效力，因而不能使当事人所订立的合同归于无效。在"马多诉朗格"一案中（《年摘，1919—1922年》，第329号案件），列日上诉法院于1921年2月19日甚至声称：占领国的命令不是法律，而只是占领者军事当局的命令；在逻辑上和法律上都不容许说，"海牙公约第43条给予占领国以积极的立法权力；……该条的意图……完全是对占领者滥用武力加以限制，而不是使其在法律范围内具有任何权威，或者承认其有这样的权威。"

在"阿得里恩森斯诉公共事务部"一案中（《年摘，1919—1922年》，第332号案件），比利时安特卫普治安法院（1919年）判称，占领国委派的法官所作的判决是根本无效的。该法院声称，占领国无权干涉当地的司法事务。占领国对当地只有暂时的权力，它不能给予其自己所委派的法官以宪法所要求的任期保证。因此，H.Q.（占领国所委派的法官）不能被视为正规委派的比利时司法官，尤其是因为占领国曾经使其所委派担任公职的公民免去1869年6月18日比利时法律所要求的政治宣誓。但在"卡林悌亚（法官撤职）案"中（《年摘，1919—1922年》，第333号案件），奥地利最高民事法院（1919年）判称，区法院院长在南斯拉夫占领军占领卡林悌亚期间曾经被撤职而代以占领军所委派的法官，但该法院的判决是有效的。奥地利最高法院声称，按照关于陆战法规与惯例的海牙公约第43条，占领者有权采取步骤以维持公共秩序及安全。

仰和仪式，都必须予以尊重。”（第46条）

关于在占领地上的敌产，第46条规定，“私有财产不得没收。”章程第47条禁止劫掠。但章程第53条规定：“占领军仅得占有严格地属于国家财产的现金、存款和可变卖的证卷、武器库、运输工具、储藏物资、给养、以及一般地一切属于国家的可供军事行动使用的动产。一切不论在陆地、海上或空中适于传递消息或运载人或物的器具，除海军法所规定的情形外，武器库以及一般地各种军火，即使属于私人，都可以予以夺取，但于媾和时必须交还，并定出补偿。”占领交战国在其还没有把其主权扩展到占领地以前，不得占取敌国公有不动产。第四公约的章程第55条按照一般国际法规定如下：“占领国仅被认为占领地内属于敌国的公共建筑物、房地产、森林及农业财产的管理者和使用收益者。它必须保护这些财产的资本，并按照使用收益规则进行管理。”第56条规定：“自治市的财产及宗教、慈善和教育、艺术和学术等机关的财产，即使属于国家财产，亦应与私有财产一律看待。对这种性质的机关、历史纪念物、艺术和科学成品的夺取、毁坏或故意损坏，一律予以禁止，并应成为法律诉讼。”

在战争中，交战一方所占领的敌方领土仍属战争所针对的国家的领土的这项原则，只在这个共同体仍然作为国际法意义上的国家而存在时才能适用。如果在敌国全部领土被占领后，敌国的武装部队完全被战败了，以致不可能继续抵抗，而且其全国性政府已被战胜国所取消，那么，情形就不是这样了。这时，已消灭的共同体就失去了国际法意义上的国家的主要因素之一，即一个有实效的、独立的政府，因而也就失去了其作为一个国家的性质。如果该领土不被认为无主领土，它就必须被认为属于占领交战国的主权，而在这种情形下，占领交战国就不受关于交战占领的规则的限制了。这就是第二次世界大战中德国武装部队完全被战败并投降

后德国领土被占领的情形了。鉴于德国最后一个全国性政府被取消的事实，可以认为这个国家就不是一个国际法主体了。如果一个交战国由于战败的结果而在法律上不成为一个国家，例如第一次世界大战中的奥匈帝国，或第二次世界大战中的德国，那么，就不可能和这个国家缔结任何和约或任何其他条约，把该国领土或领土一部分转让给战胜国或任何其他国家① 在被消灭的国家的领土上，可能建立一个或几个新的国家。战败的奥匈帝国的领土——该领土本来是两个联合起来的国家的领土——就是这样的情形。

---

① 在"国王诉鲍特里尔(库申麦斯特尔)"一案中(《1947年判例汇编，国王分庭》1947，第41页)，在听取作为敌国人而被拘禁在英国拘禁处的一个德国国民库申麦斯特尔申请人身保护状时，总检察长向分庭提出了英国外交大臣1946年4月2日的证明书。该证明书声称："(一)依据1945年6月5日关于德国无条件投降的声明序文第五段，英国、美国、苏联和法国政府执掌德国的最高权威，包括德国政府、最高统帅部和任何州、市或地方政府或当局所具有的一切权力。为了上述目的而执掌该权威和权力，并不成为对德国的兼并。(二)由于这一声明的结果，德国仍是一个国家，德国国籍仍是一个国籍，但盟国管制委员会是德国的政府借以进行工作的机关。(三)既然盟国并未订立和约或发表声明终止对德国的战争状态，英王陛下就仍处在对德战争状态之中，虽然正如投降声明所规定的，全部实际敌对行动都已经停止了。"该分庭还判称："该证书对于其所要证明的事情具有确定的效力；因而，尽管有德国的无条件投降，申请人仍是一个敌国人；作为被拘禁在这个国家的一个敌国人，他就不能申请人身保护状。"申请人律师在上诉时认为申请人不是一个敌国人。他声称："德国的中央政府已被撤消，其地位完全为四个联合国家组成的政府所取代。战争至少要有另一国家作为进行战争的对象，而柏林宣言却暂时终止了德国作为一个单独国家的存在。为了支持这种说法，他辩称，没有主权政府的主权国家是一种词语矛盾；而且，即使在国际法上可能有这种国家，然而没有全国性政府的国家总不能进行战争或者处于战争状态。"但是，法庭判称："外交大臣的证明书说明，我们仍与德国处于战争之中，这至少在我们国内法上是有拘束力的，因而对所有国王法院都是有拘束力的。……在我们国内法上，不论它是否与国际法有所不同，尽管德国不再有任何独立的中央政府，战争状态也可以继续下去，而且对德战争就是在继续之中的……"

在该领土上，建立了捷克斯洛伐克和奥地利两个共和国和波兰的一部分。德国的领土也是这样，在该领土上，产生了两个新国家：西德，称为德意志联邦共和国；东德，称为德意志民主共和国。但是一个新国家或几个新国家既然未曾与战胜国作战，就不能订立和约，也无权处分其本国领土以外的其他领土。奥地利共和国被迫与协约国缔结和约，虽然这一新国家并未与那些由于战胜而使奥匈帝国分裂的国家作战，而且奥地利共和国被迫在这个条约中处分了已消灭的国家的领土，而该领土从来不曾是奥地利共和国的领土。这些都是以奥地利共和国等于奥地利帝国的虚构为依据的。在德国的情形下，各占领国政府坚持这样的虚构，即在德国的最后一个全国性政府被推翻以后，德国还继续存在，并且以这种虚构为依据而认为，四个战胜国所占领的德国领土不属于其主权，而仍属于德国的主权。但是，对该占领地的管理却无论如何是不符合关于交战占领的规则的。

5．海战　国际法有一些只适用于海战的特殊规则。这些规则中最重要的是：从事海战的武装部队主要是军舰。只有军舰才可以作战争行为并行使海战上的拿捕权。它们必须用外部标志，如特殊旗帜，使其与商船相区别。商船可以依据第七公约所决定的条件改装为军舰。它们必须“被置于该船所悬挂国旗的国家的直接权威、直接控制和责任之下”；它们“必须有标明其本国战舰的外部标志。长官应是在该国供职并经主管当局依法任命的。他的姓名必须载入作战舰队军官的名单。船员必须服从军事纪律。每一支改装为军舰的商船必须在其行动中遵守战争法规与惯例。将商船改装为军舰的交战国必须尽速在军舰名册中通告这种改装。”未改装为军舰的商船也可以为了保护自己、反抗攻击的目的而武装起来。私掠船制，即从前所遵行的以私掠船证书委任私船在海上作战争行为、特别是拿捕敌国商船的实践，现在已为1856

年巴黎宣言所禁止。1907年的第八公约对机械自动水雷的敷设加以限制；1907年的第九公约禁止海军轰击未设防的口岸、城镇、乡村、住房或建筑物（第1条）。第2条将"军事工事、陆军或海军的设备、武器或战争物资的仓库、可供敌国舰队或军队的需要而使用的工厂或厂房以及在港口内的军舰"除外。第5条规定："在海军轰击时，司令官必须采取必要措施，尽可能保全神圣庙宇、用于艺术、科学或慈善的建筑物、历史纪念物、医院以及收集伤者病者的处所，但以它们并不同时用于军事目的为条件。"

在陆战中，敌国私产在原则上是不可占取的，而在海战中，敌国私船和在敌国私船或公船上的敌国私货是可以夺取和占取的。按照一般国际法的一项规则，船舶的国籍决定于其合法悬挂的旗帜。因此在战时，只有船舶合法悬挂中立国旗帜，它才被认为是中立船，而不是敌船。各交战国的战舰有权对商船进行临检和搜索，以查明船舶的真正国籍。在中立船上的敌货，除战时禁制品（中立船掩护的敌货）外，不得夺取，这是1856年巴黎宣言明文规定的一项规则。战时禁制品是交战任何一方按照一般国际法所禁止运交敌国的货物。敌国私船和在敌国私船上的敌国私货与被拿捕的敌国公船不同，它们未经拿捕的交战国的捕获法院作出占取的判决，是不能予以占取的。捕获法院是对战时海上的拿捕有裁判管辖权的交战国国内法院。捕获法院的设立是一般国际法所规定的，而且其所适用的国内法必须符合关于海上拿捕的国际法规则。第十一公约（第5条和第6条）规定："当敌方商船为交战一方所拿捕时，该商船船员中为中立国国民者，不得作为俘虏。船长及船上职员同样为中立国人民者，如果他们用书面正式允诺战争期内不在敌国船上服务，适用同样的规则。船长、船上职员及船员为敌国人民者，在他们用书面正式允诺战争期内不担任有关战争行动的任何役务的条件下，不得作为俘虏。"这个公约包含有普遍参加条款。

如果敌国商船抗拒临检和搜索，或在必要的情形下，可以在捕获法院审判前对该商船加以毁坏。但在毁坏船舶前，拿捕者必须将船上的人(船员和乘客)和船舶文书移去，并将案件提交捕获法院，以决定拿捕和破坏是否合法。这些一般国际法规则也适用于潜水艇。1930 年 4 月 22 日美国、英国、法国、意大利和日本在伦敦签订的条约和 1936 年 11 月 6 日在伦敦签订的并为其他国家所加入的议定书明文规定："潜水艇在对商船的行动中，必须遵守水面军舰所应遵守的国际法法规。"①

但在下述情况下也有例外，各交战国可以夺取和占取中立船和中立货物：(甲)如果中立商船抗拒临检和搜索，该商船可以被拿

① 参见"鲁西坦尼亚号"这一著名案件(美国区法院，纽约南区，1918 年，《联邦报告》，第 251 卷，第 715 页)。在第一次世界大战期间，1915 年 5 月 1 日，英国载客商的船鲁西坦尼亚号自纽约出航，驶往利物浦，船上有乘客 1257 人和船员 702 人，共 1959 人，包括男女和儿童。1915 年 5 月 7 日下午 2 时 10 分左右，天气晴朗，海水平静，未经警告，该船遭鱼雷袭击，于差不多 18 分钟内船头没入海水，终于使 1195 人悲惨丧命。由于船主库那轮船有限公司受到了多次控告，因而轮船公司作为请愿人进行诉讼程序，请求对于责任作出判决，并将请愿人的责任限于其对该商船的利益及其悬而未决的运费。法院在其他说明外声称："当然，对于在公海上使敌船成为捕获品并在某种情况下加以毁坏的权利，是没有疑问的，而对船上不论乘客或船员的一切人的生命加以保全的义务，也同样是没有疑问的。……"法院提到鲁西坦尼亚被毁坏之日，当时有效的德国捕获法典第 116 节，该节规定："在进行毁坏船舶前，应使船上一切人以及尽可能使其财产得到安全，而且一切在有关的人看来对于捕获法院作出判决有价值的船舶文书和其他证据材料都应由司令官收管。"法院判称："这样，当鲁西坦尼亚号以纽约出航时，其船主和船长有理由相信，不论以前发生过其他什么事，这一简单的、人道的、普遍承认的原则是不会被破坏的。……因此，在法律以及道义的意义上，过错在于那些对船舶沉没负责的人。因此，请愿人库那轮公司不应对生命财产的损失负责。鲁西坦尼亚沉没的原因是德意志帝国政府的非法行为，这个行为是它通过其工具，即潜水艇司令官，作出的，并且是违反直至这次战争以前甚至最残酷的敌对者都要遵守的一项珍贵的、人道的规则的。……"

捕，而且船舶在捕获法院裁判后可以被没收。货物是否也可以没收，尚有争论。（乙）在中立商船破坏封锁的情况下，商船可以被拿捕，并且在捕获法院裁判后可以被没收。货物是否也可以没收以及可以没收到什么程度，尚无定论。按照1856年的巴黎宣言，为了有上述的法律后果，封锁必须是有实效的。①（丙）在中立商船运载战时禁制品的情形下，战时禁制品可以在捕获法院裁判后被没收。船舶和船上货物的无害部分是否也可以没收，也有争论。（丁）在所谓非中立役务的情形下，即在中立商船运载某种人员——如敌国武装部队人员、军队代理人等等——或运载敌国公文的情形下，船舶可以被拿捕，并且在捕获法院裁判后被没收。按照某些国家的实践，属于船主所有的货物也可以被没收。

6．空战　适用于空战的有效的一般国际法规则就是其他种类的战争所适用的规则。非战斗员的豁免以及禁止轰击未设防地方等原则——按照原来的意思——也都肯定适用于空战。但是，它们是否因两次世界大战期间各交战国的实践而作废，则是有疑问的。

7．在一般国际法下的中立　一个交战国不仅对其所作战的国家，而且对各中立国，负有国际义务；而且各中立国对各交战国也负有国际义务。

一国在对卷入战争的各国的关系上是中立的。只要没有参加这个战争，该国就是中立的。

人们通常把一个中立国对各交战国所应采取的态度表述为不偏不倚。这种态度就在于履行一般国际法所确立的并在1907年第五和第十三两公约中加以编纂的具体义务。这些义务中最重要

① 在“益贝尔诉斯密司”一案中（《判例汇编，女王分庭》，第7卷，第404页），关于封锁，英国女王分庭（1872年）声称：“如果封锁是有实效的，它就是一种约束；而且，如果敌国船的数目和所处的位置使穿越封锁成为危险的事情，尽管某些船舶还可能成功地通过，在法律上说，封锁就是有实效的。”

的[1]是：中立国不援助交战一方以致可能损害他方的义务，不伤害交战一方以致可能有利于他方的义务；以及不给与交战各方的军事活动以任何便利的义务，但并无禁止其国民向交战各方提供这种便利的义务，[2]然而却有义务阻止在其管辖内建造或装备任何其有理由认为目的在于对交战国任何一方进行巡弋或从事敌对活动的船舶，并且有义务阻止任何目的在于进行巡弋或从事敌对活动而在其管辖内进行全部或部分改装以适战争之用的船舶驶离其管辖范围；[3]阻止交战各方在战争期间为军事目的而使用其中立

① 关于这些义务的具体说明，参见奥本海：《国际法》，第6版，劳特派特编，第2卷，第293目以下各目。

② 在"皮尔逊诉帕尔逊"一案中（美国巡回法院，路易斯安那东区，1901年，《联邦报告》，第108卷，第461页），法院声称，"中立国公民可以合法地向各交战国售卖东西的原则，在这个国家里早已为最高司法权威所确定。在'山提西马·特立尼达号'一案中（《惠顿》，第7卷，第340页），斯托雷法官作为最高法院的机关（1822年）曾说：'我们的法律或国际法都不禁止我们的公民把武装船舶以及军火送往外国港口出售。这里一种商业冒险，任何国家都没有义务加以禁止，而只是使那些从事这种冒险的人可能受到被没收的惩罚。'又见'百慕大号'一案（1865年），《华莱士》，第3卷，第551页。……"又见"皮尔逊诉阿立斯·沙尔麦尔斯公司"一案（美国巡回法院，密尔瓦基县，威斯康新州，1915年；见《美国国际法杂志》，1917年，第11卷，第883页）。

③ 在"阿拉巴玛号求偿"一案中[美英求偿仲裁，1872年，《关于1871年华盛顿条约的文件》，第4卷（第四十三届国会第三次会议：《行政文件》，第1号）]，美国和英国依据1871年5月8日订立的条约成立了一个仲裁法庭，来裁决由于在英国建造的、供邦联海军用于内战的几只船舶所作行为而引起的一项争端。该条约第6条规定："在裁决提交仲裁人的事项时，仲裁人应遵从缔约双方所一致同意作为适用于本案的规则的下列三项规则。并且遵从仲裁人所决定适用于本案而不与该三项规则相抵触的国际法原则。

"规则：一个中立国政府有义务：

"第一，以相当注意阻止在其管辖范围内装备、武装或配备任何有合理根据可以相信是要用以对与该中立国处于和平的国家进行巡弋或进行战争的船舶；并且也以相当注意阻止在其管辖范围内全部或部分进行特别改装以适战争之

（接下页注）

领土和资源的义务；阻止交战任何一方干涉中立国与交战另一方正当往来的义务。交战国的最重要的义务是：不得为了军事目的

（接上页注）

用而同样要用以进行巡弋或进行战争的任何船舶驶离其管辖范围。

"第二，不允许或容忍交战任何一方使用其港口或领水为对交战另一方的作战基地，或利用这些港口或领水来重装或补充军事供应品或武器，或招募人员。

"第三，以相当注意阻止在其港口或领水内以及在其管辖范围内的一切人发生任何违反上述义务和责任的行为。

"英女王陛下已命令其高级专员及全权代表声明，女王政府不能同意上述规则是在第一条所载的求偿发生时有效的国际法原则的陈述，但女王政府为了表明其增强两国间友好关系并将作出令人满意的规定的愿望，同意在裁决两国之间由于这些求偿而发生的问题时，仲裁人应认为女王政府已承允遵从这些规则所表明的原则。

"缔约双方同意，将来在彼此之间遵守这些规则，并同意将这些规则通知其他海洋国家，并邀请其参加。"

第十三号公约第 21 条和第 22 条规定如下："第 21 条，捕获品只有因不适于航行、恶劣气候、或缺乏燃料或粮食，才得被带入中立国港口。它应于作为入港理由的情况不存在时立即离去。如果不离去，中立国必须命令其立即离去；如果它不服从，中立国必须用一切可用的方法将其连同其职员和水手释放，而将捕获船员拘留。第 22 条，中立国同样地必须将在第 21 条所载明以外的情形下被带入其港口的捕获品释放。"

"阿帕姆号"（美国最高法院，1917 年，《美国》，第 243 卷，第 124 页），是一艘英国运载客货的邮船，在第一次世界大战期间被德国巡洋舰毛威号所拿捕，由一名捕获船员带入一个美国港口，美国当时是中立国。根据美国政府的命令，该船船员和乘客都被释放而捕获船员则被拘留。阿帕姆号船主所提出的恢复占有该船的诉讼和阿帕姆号船长所提出的恢复占有船上货物的诉讼，都被判决控诉人胜诉。最高法院在其意见中，除其他理由外声称，"目的并不是在国际法所普遍承认的特权范围内把该船带到这里来，也就是说，不是为了必需的燃料或粮食，或由于恶劣气候或有修理的必要，而且并不是在这种入港理由消除或消失后立即离去。……它〔阿帕姆号〕……被送到美国港口，用意是在那里无限期停留。……我们不能不得出这样的结论：这样使用一个美国港口，是对美国政府的中立权利的明显破坏，而这些权利是关于中立国义务的国际法原则所承认的。……"

而使用中立国领土和不干涉中立国和其他交战国进行正当往来的义务，和除战时禁制品外不占取在敌船上的中立货物的义务。上文已经指出，各交战国有权占取破坏封锁的中立商船并占取中立船上的禁制品。

多数国际法作者主张，依据一般国际法，国家并没有在其他国家之间的战争中守中立的义务。如果依据一般国际法，一国得以任何理由对任何他国诉诸战争，那么，国家没有守中立的义务这一点，与一国在其未卷入战争时，在其所未卷入的战争中对各交战国采取不偏不倚态度的义务，是不矛盾的。中立国对交战一方诉诸战争，并不违反其作为中立国所承担的义务；它只是终止了其中立地位。另一方面，违反中立国的各交战国所负的义务却不等于终止中立地位，而中立地位只是由于中立国与交战一方发生战争而终止的。但是，如果“正义战争”原则被认为实在国际法的一部分，那么，认为依据一般国际法国家没有守中立的义务的说法就不是十分正确的。按照这项原则，不仅权利被另一国侵犯的国家被授权对不法行为国诉诸战争，而且其他国家也可以帮助被侵犯的国家对不法行为国诉诸战争。但是，即使不法行为国犯有诉诸不法战争之罪，其他国家也并没有对其诉诸战争的义务。因此，它们可以守中立，或者不守中立，但是，它们有义务不对进行合法战争的交战国诉诸战争。换句话说，第三国可以站在进行合法战争的交战国方面参加战争，但它们不应站在进行不合法战争的交战国方面参加战争。如果它们决定不对不法行为国诉诸战争，如果它们守中立，它们就有不偏不倚的义务。这就意味着，它们不得专对不法行为国采取次于战争的措施。既然允许对犯有诉诸不法战争之罪的交战国诉诸战争，而又不允许对这个国家采取次于战争的措施，这似乎是矛盾的。但是，如果认为按照“正义战争”原则，各国不仅被允许对犯有诉诸不法战争之罪的交战国诉诸战争，而且也

被允许对这个交战国采取次于战争的措施，那么，中立制度的基本原则——不偏不倚的义务——就要与“正义战争”学说相抵触了。

8. *在盟约下的中立* 一国可以由于一个国际协定而承担在一定战争中或在一切战争中守中立的义务，这是理所当然的。在后一种情况下，人们说是永久中立或是一国的中立化。目前，只有瑞士联邦是这种中立化国家（1815 年 3 月 20 日英国、奥地利、法国、葡萄牙、普鲁士、西班牙、瑞士和俄国签订的和 1815 年 5 月 27 日瑞士加入的宣言）。同样，一国也可以由于一个国际协定而承担不守中立的义务，就是说，承担站在交战一方诉诸战争的义务；但是，如果“正义战争”原则被假定为实在法，一国就只能承担站在进行合法战争的交战国方面参加战争的义务。另一个问题是，一国可否由于一个条约而承担义务，在其他国家之间的战争中作某种不符合中立国义务的次于战争的行为。国际联盟盟约第 16 条就确立了这种条约义务。该条第 1 款使国联会员有义务对违反盟约对另一会员国诉诸战争的会员国采取某些经济制裁。即使一会员国自己并不对不法行为国诉诸战争（它并无义务采取第 2 款所提及的军事制裁），它所应采取的那些经济制裁也是与其依据一般国际法作为中立国所承担的义务相抵触的。第 16 条第 3 款所规定的义务——采取必要的步骤以便对不法行为会员国诉诸战争的任何国联会员国的部队得以通过其领土——的情形更是这样。

盟约第 16 条第 1 款规定，如果一国联会员国违反盟约诉诸战争，“应据此事实即视为对于所有联盟其他会员国有战争行为”；这意味着国联所有其他会员国都被认为与破坏盟约国处于战争状态，因而不是中立的。但是，这项规定是一种法律虚构，因为不法行为会员国所未对之诉诸战争的会员国实际上并不处于战争状

态，而且并没有对不法行为国诉诸战争的义务；只要它们未对不法行为国诉诸战争，它们就是中立的。诚然，国际联盟大会于1921年10月4日通过的一项决议，曾将上述第16条第1款规定作这样的解释："违反盟约国的单方行为不能造成战争状态；它只使国联其他会员国有权诉诸战争行为或者宣告其与破坏盟约国处于战争状态。……"但是，这种解释是同第16条第1款的文字难以相容的。

9．*在凯洛格-白里安公约下的中立* 凯洛格-白里安公约是一个多边条约，它对各缔约国设定了不以战争作为国家政策工具的义务。作为一个多边条约，它可以被解释为给予缔约每一方以要求其他各方履行其条约义务的权利，因而如果缔约一方不履行其义务，它就侵犯了其他各方的权利。依据一般国际法，一国可以诉诸报复作为对侵犯其权利的反应。因此，如果一国违反凯洛格-白里安公约而对作为公约一方的另一国诉诸战争，任何他方都不仅可以诉诸战争（按照序文的一项规定），而且可以不诉诸战争而采取次于战争的措施，作为对破坏公约国的报复。这样，在进行作为国家政策工具的战争的情形下，一个中立国即一个不卷入其他国家之间的战争的国家对交战各方采取严格的不偏不倚态度的义务，在公约缔约各方的关系上，是无效的。

10．*在宪章下的中立* 在联合国各会员国之间发生战争的情形下，宪章允许未卷入这种战争的会员国，即守中立的会员国，帮助遇受"武装攻击"的交战国，而不帮助犯有这种"武装攻击"之罪的交战国。这是第51条规定所包含的意思，该条规定，本宪章的任何规定不得妨碍"联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，…行使单独或集体自卫之…权利"。对这个规定可以作这样的解释，即宪章授权中立的联合国会员国对犯有武装攻击之罪的国家不仅诉诸战争，而且诉诸

不包含使用武力的强制行动，但是，它们不得对诉诸反战争的遭受武装攻击之害的国家诉诸包含或不包含使用武力的强制行动。如果接受这种解释，对中立国设定不偏不倚义务的一般国际法规则就被宪章所代替了。宪章第 2 条第 5 项如果适用于两会员国之间的战争，情形亦是如此。这项规定使其他会员国承担义务，即在联合国组织对交战一方采取有利于交战另一方的任何行动时，给予联合国组织以一切协助，而不给予联合国组织对之采取防止或强制行动的交战一方以协助。如果联合国组织依据第 39 条或第51条对卷入战争的会员国所采取的行动，以及未卷入该战争的各会员国依据第 2 条第 5 项在联合国组织采取行动时所应给予联合国组织的协助，是一些不包含使用武力的措施，各中立会员国就被假定为对各交战国并不要采取不偏不倚的态度。依据第 39 条和第 51 条，安全理事会可以对一个犯有威胁或破坏和平之罪的会员国采取包含使用武力的强制行动。如果这种行动所针对的会员国进行武装抵抗，这就是联合国对一个会员国的战争和该会员国对联合国的反战争。在这种战争中，实际上站在联合国组织方面的只是那些按照宪章第 48 条用武装部队来实现安全理事会的行动的会员国。这一条规定：为了执行安全理事会依据第 39 条通过的决议所需要的行动"应由联合国全体会员国或由若干会员国担任之，一依安全理事会之决定。"因此，在联合国组织和一个会员国之间的战争中，如果在这种情形下联合国全体会员国并不被假定与联合国组织对之采取包含使用武力的强制行动的会员国处于战争状态，那么，许多会员国就可能是中立的。上面已经指出，这种假定是一种法律上的虚构。宪章与盟约不同，它并未包含有保持这种虚构的公式。如果第 2 条第 5 项适用于这样的情形，如果未卷入那种战争的各会员国对联合国组织的强制行动所针对的会员国应采取次于战争的措施以协助联合国组织，那么，一般国际法对中立国所设定的不偏不

倚的义务就为宪章所废除了。

如果认为依据凯洛格-白里安公约对破坏公约国的报复、盟约第 16 条第 1 款和第 3 款和宪章第 2 条第 5 项所规定的义务的履行、以及依据宪章 51 条行使集体自卫权利而对侵略国采取的次于战争的措施，所有这些行动都不构成一般国际法所确立的中立国义务的违反，那么，就也必须认为，关于这些义务的一般国际法规范只是“任意法”，而不是“强行法”，就是说，这些规范是可以由于条约的规定而在缔约国的关系上被废止的。

就宪章第 2 条第 5 项、第 39 条和第 51 条等上述规定由于第2条第 6 项而适用于非会员国来说，这些规定的效力可能是有疑问的，除非假定宪章——尽管是一个并非所有国家都是缔约国的条约——具有一般国际法的性质。在这一假定下，中立的法律制度就应被认为已经被废除了。在作为不法行为的战争和作为制裁的战争之间有了区别，而且在一个普遍性组织内确立了集体安全的范围内，中立的法律制度的基本原则——即实际上未卷入他国之间战争的各国对各交战国的无歧视的不偏不倚态度——是无法维持的了。

第二章　国际法的效力范围

第一节　法律秩序的效力范围

国际法是一个规范性秩序，而规范性秩序是一个有效的规范体系。法律规范调整人的行为，而人的行为是在时间上和空间上发生的，因此，法律规范是与时间和空间有关的。它们是在某一时间和在某一空间（土地）上有效的。所以，我们说法律规范或法律秩序的属时和属地的效力范围。要决定人们应当怎样行为，法律就必须决定他们应当在什么时候和在什么地方按照一定的方式行为。法律规范所调整的人的行为包括人的因素和物的因素：人的因素就是应当按照某种方式作行为的个人；物的因素就是行为，就是说，个人所应当作或者不应当作的行为。所以，我们又说法律规范的属人和属物的效力范围。属物范围是指法律规范所调整的事项。规范可以不仅因地，或因时、或因规范所拘束的人而不同，而且因它们所调整的事项而不同。有调整经济生活的规范和调整宗教生活的规范；有调整农业的规范和调整教育的规范。

在描述一种法律秩序时，我们必须区别法律秩序的属地、属时、属人和属物的效力范围。

对所有这些效力范围有决定性意义的问题是：它们是有限度的还是无限度的。如果某一秩序被假定是最高的秩序，在该秩序之上没有其他更高的秩序，那么，结论必须是：其各种效力范围是

无限度的。因为，只有一个规范才能对另一个规范的属地、属人、属物或属时的效力范围确立一种限度；而对某一规范性秩序的各种效力范围加以界限的规范必须属于这个秩序本身（从而对其自己的各种效力范围加以界限），或者属于一个高于这个秩序的秩序。

传统上称为国际法的规范性秩序并不含有对其自己的各种效力范围加以界限的规范，而且由于这个规范性秩序被认为是一个不在任何其他法律秩序之下的最高法律秩序，国际法律秩序的效力就不能在任何方面受界限。这正是国际法律秩序有别于国内法律秩序之处；而国内法律秩序，如果按照其具体意义来理解，一般被认为是有限度的，如果不在一切效力范围上受界限，则肯定地是在其属地、属时和属人的效力范围上受界限。一个国内法律秩序，即一国的法律，只在这个国家的领土中有效，而不是在任何地方都有效；它只对某些个人，即该国的公民和居留在该国领土上的外国人有效，而不对整个人类都有效；它不是永久有效的，而只是在一定时间内产生和终止效力的；——这些都是无可否认的。如果国内法律秩序的各种效力范围的这些限度具有法律的性质，这些限度就必须是一个法律秩序所确立的；而且，如果国内法秩序并不自己对自己的各种效力范围加以界限，那么，只有一个高于国内法律秩序的法律秩序才有这样的效果。除了国际法律秩序以外，没有任何其他法律秩序可以被认为高于国内法律秩序。而且，实际上，在国际法律秩序内可以找到对各国内法律秩序的各种效力范围加以界限的规范。对各国内法律秩序的各种效力范围加以这种限制，是国际法律秩序的主要职能。因为，只有国际法律秩序履行了这种职能，各国法律的共存，即各国内法律秩序的同时有效，才是可能的。

第二节　国际法的属地和属时效力范围

国际法律秩序在时间上和空间上有无限的效力，这是不难理解的。效力范围的概念具有一种纯粹的潜在含意。说国际法律秩序是普遍有效的，并不意味着它在任何地方并在任何时候都是有实效的，而只意味着，如果国际法律秩序所附以一种特殊后果的一个事实在任何地方发生，这种后果就也应当发生。这就意味着，没有任何法律规范，要求在任何地方排除国际法的效力。实际上可能有一些地方，在那里，国际法所决定的事实在某一特定时间内并不发生，而这点是不重要的。人们可能争辩说，既然国际法只对各国有效，它就不适用于不属任何国家的土地。但是，在这种土地上，任何时候都可能产生一个国家，而国家的产生是国际法所调整的。战争作为国际法所决定的不法行为或制裁，也可能在不属于任何国家的领土的土地上进行，从而关于战争行为的国际法规范就同样适用于这些土地。无主土地的占领也是国际法所规定的。

属时的效力范围也是这样。一般国际法的规范主张自已有永久的效力，而没有任何法律规范对这一主张加以界限。对一般国际法的属时效力加以限制的实在规范是不存在的。不容否认，国际法是在时间过程中出现的，从前曾经有过一些时期，国际法还不存在。这一点并不重要，因为国际法规范也可以有追溯力。并没有任何一般国际法规则禁止确立——特别是由条约确立——有追溯力的规范。

当然，这并不意味着，一切国际法规范都是永久有效的。毫无疑问，在时间过程中，一般国际法曾经发生过某些变化，先前有效的一般国际法规范不再有效了，或者被修改了。只要没有充分理由认为新的国际法有追溯力，一个包含有一国的义务和另一国的

相应权利的法律关系，就要由确立该法律关系所依据的那个国际法来判断。① 某些特殊国际法规范——契约性规范——往往只旨在某一时间内或在其为另一契约性规范所废止前有效。但是，这种限度并不适用于作为一切条约的法律基础的一般国际法规范，即"约定必须遵守"的规范。

第三节 国际法的属人效力范围：国际法主体

1. 法人作为法律主体

研究国际法的属人效力范围，就是要问：谁是其行为为国际法所调整的主体。我们将表明，在这方面，国际法的效力也是没有任何限度的。

---

① 关于修改或废除先前的法律规范的属时效力范围的一些原则有时被称为"时际法"。在"巴尔玛斯岛"一案中，（国际仲裁法院的法庭，1928年，发表于《美国国际法学报》，第22卷，〔1928年〕，第867页）曾经用过这一词语。这是美国和荷兰之间关于巴尔玛斯岛的领土主权的争端。问题是：应适用于这一案件的国际法规则，是领土可以由于发现而取得的先前的国际法规则呢？还是领土的取得需要有效占领的后来的国际法规则呢？仲裁人在其意见中宣称："双方都承认，关于发现和取得无居民地区或野蛮人或半开化人居住地区的权利，国际法在中世纪末期和19世纪末叶之间发生了深刻的变化。双方也一致同意，一个法律事实必须按照该事实发生时的法律来判断，而不是按照涉及该事实的争端发生时或着手解决时有效的法律来判断……关于某一特定案件应该适用各时期所通行的各不同法律体系中哪一个体系（所谓时际法）的问题，应该在权利的创设和权利的存在之间加以区别。使产生权利的行为受权利产生时有效的法律支配的同一原则也要求权利的存在——换句话说，权利的继续表现——应遵照法律的发展所要求的条件。……基于这些理由，仅仅发现而嗣后未有任何其他行为，在目前是不足以证明对巴尔玛岛的主权的……"。

但是，立即注意到从法律的性质中产生出来的一种限制，是适宜的。法律在本质上是调整人的行为的。对人们的相互行为的调整是一切法律的意义。法律是一种社会范畴，像一切法律一样，国际法也是对人的行为的调整。国际法规范是适用于人的；它们是对人规定以制裁的；它们是委托人们创造该秩序的规范的职权的。如果国际法规定了义务、责任和权利（如果它是一个法律秩序，它就必须这样规定），这些义务、责任和权利就只能以人的行为为内容。因为，一项义务如果不是一个人按照某种方式行为的义务，就不会是一项法律义务；一项责任如果不包括人所执行和对于人执行的制裁，就不是一项法律责任。同样，一项权利如果不含有必须由某种人的行动表现出来的权力、职权或能力，就不是一项法律权利。如果义务、责任和权利不涉及人的行为，那么，义务、责任和权利就只是空洞的公式，毫无意义的字眼。

因此，法律只能对人类个人设定义务和责任，或给予他们以权利。但是，有人说，法律不仅使个人而且使法人承担义务，不仅对个人而且对法人授予权力，而特别是国际法，由于它是使国家承担义务并对国家授予权力的，从而它不是使个人而是使法人承担义务，不是对个人而是对法人授予权力。这是传统的学说：只有国家，即作为法人的国家，才是国际法的主体。或者，换言之，国际法只对国家，而不对个人，设定义务和责任，并给予权利。这种学说是站不住脚的。国际法主体也是个人。认为国际法主体是作为法人的国家的说法并不意味着国际法主体不是个人；它意味着，个人是按照特殊方式作为国际法主体的，是按照个人作为国内法主体的通常方式以外的方式作为国际法主体的。

法人作为一个有别于所谓自然人——即人类个人——的实体，是法学思想的一个辅助概念，是法律理论的一个工具，其目的在于使法律现象的描述简单化。法人并不是实在法或自然上的实

在。当人们说一个法人——例如社团——有一项义务或一项权利时，这意味着存在着一项以个人的行为为内容的义务或权利，但这个人是以社团的成员或机关的资格而有这项义务或权利的。由于这个人是以社团的成员或机关的资格而有义务或权利的，因而我们就说，有义务或权利的是作为法人的社团。我们把义务或权利归属于或归附于社团，因为作为义务或权利的真正主体的个人是以社团的成员或机关的资格而有义务或权利的。社团被设想为一个有行为的人格者。这一人格者不是别的，而只是构成社团的特殊秩序的人格化。构成一个社团的特殊秩序就是该社团的规章或所谓附则。规章或附则是组织社团的规则；它们确定社团的成员和机关，并调整成员与机关之间的关系。一个社团的义务和权利就是个人作为社团的成员或机关的资格的义务和权利。说一个社团有某些义务和某些权利，并不意味着这些义务和权利是一个法人的义务和权利，因而不是个人的义务和权利。相反，它们是个人的义务和权利，不过是个人以其作为社团成员或机关的资格的义务和权利。因此，如果有人问："谁是某一法律秩序的主体?"——就是说，这一法律秩序的规范对谁适用?这一秩序调整谁的行为、对谁设定义务或给予权利?——人们不应回答说，主体不是"个人"，而只是"法人"。因为，即使人们应当回答说，法律秩序的主体是法人，个人也不因此被排除在外。相反，个人必然作为这个法律秩序的规范所适用的主体而包括在内。

下述两种义务和权利肯定有重大的区别：法人的义务和权利，即个人以表现为法人的一个共同体的机关或成员的资格所有的义务和权利；和个人独立于其所属的这样的共同体之外而具有的义务和权利。区别在于这样的事实：其行为成为法人的义务和权利的内容的个人，只间接地由法人的存在所依据的国内法律秩序来决定，而其行为成为所谓自然人的义务和权利的内容的个人，则直

接地由国内法律秩序来决定。国内法律秩序让表现为法人的法律共同体所构成的特殊法律秩序去决定：哪些个人作为这个共同体的机关或成员应该履行这些义务和行使这些权利。作为机关或成员而属于共同体的个人对义务的履行和权利的行使，是由构成共同体的规章来规定的，因此可以说，一个法人的义务和权利是个人的集体义务和权利，以别于个别义务和权利，即个人独立于其所属的表现为法人的共同体之外而有的义务和权利。

至于法人的责任，它不是别的，而只是表现为法人的共同体所属的个人的集体责任。如果制裁是针对法人的，法人就对一个民事或刑事不法行为负责。但是，说对法人执行民事或刑事制裁，不能有别的意思，而只能意味着对以表现为法人的共同体的机关或成员的资格的个人执行民事或刑事制裁。法人对民事不法行为的责任意味着对法人的财产实行民事执行，而这项财产是表现为法人的共同体的成员的集体财产。法人对刑事不法行为的责任意味着，对个人施以对该不法行为所规定的刑罚，并不是因为个人作了不法行为，而是因为他们是作为成员或机关而属于表现为法人的共同体的。

这一切都必须加以考虑，以便对传统的学说作出判断；传统学说认为，只有国家才是（而个人不是）国际法的主体——即国际法律秩序所确立的义务、责任和权利的主体。

2.国家作为国际法主体

1．国家作为一种集中化法律秩序　如果我们说国际法调整国家的相互行为，我们是把国家看作一个有行为的人格者的。当然，国家不是一个自然人，不是一个人或超人。它是一个所谓法人，或者也就是说，是一个社团。作为法人，国家是构成一个共同体的社会秩序的人格化，这个共同体我们称为“国家”。如果我们试图

指出“国家”这一现象的特征而不加以人格化，我们就只能说，国家是一个社会秩序，或者是这个社会秩序所构成的共同体；如果我们考察这一秩序，我们就发现，它是一种强迫性秩序，一种规定强迫行为作为制裁的秩序。国家通常被称为一个政治组织，而组织的意思就是秩序。“政治”因素就在于这个秩序或组织的强迫性。事实是，我们称为国家的社会秩序是一种强迫性秩序，一种规定强迫行为作为制裁的秩序。由于这种秩序所规定的制裁是社会上有组织的制裁，而不是超经验的制裁，因而我们称为国家的强迫性秩序或政治组织，或者换句话说，作为一种社会秩序的国家，只能是一个法律秩序。作为法人的国家是构成一个法律共同体的一个法律秩序的人格化。这种共同体只是这一法律秩序所构成的。属于这个共同体的个人联合在一起，他们由于受同一法律秩序的支配而形成一个社会单位。他们所共有的，是一个调整他们的相互行为的法律秩序。国家作为一个共同体，并不是一个生物的、心理的或社会的单位；国家作为一个法律共同体，它是一个特殊的法律单位。

但是，并不是每一个构成法律共同体的法律秩序都是国家。构成原始法律共同体的原始法律秩序，或者构成国际法律共同体的国际法律秩序，就都不是国家。区别在哪里呢？我们称为国家的法律秩序或法律共同体与我们不称为国家的原始法律秩序或国际法律秩序之间的区别表现在集中化的程度。国家是一种比较集中化的法律秩序（或共同体）。

集中化是一种极其复杂的现象①。在这里，有关系的只是这种现象的一个方面。如果一个法律秩序的规范是按照分工原则进行工作的特殊机关所创造和适用的，特别是如果制裁是由这种特殊机关所执行的，我们就说是集中化，是一个集中化的法律秩序。因

① 参看汉斯·凯尔森：《法律和国家的一般理论》，（1949年），第303页以下。

此，创造和适用法律秩序的机关，特别是执行制裁的机关，是有别于，而且是多少独立于，受这个秩序支配的个人的。甚至原始法律秩序，或者也就是说，原始法律共同体，也有一些机关，然而却没有按照分工原则进行工作的机关——没有中央机关。每一个人在受到另一个人伤害时是被授权适用法律、执行法律秩序所规定的制裁的。由于成立了中央机关，特别是由于使用武力的集中化，即执行制裁的集中化，原始法律共同体就成了国家。

原始人的法律共同体——成为国家以前的法律共同体——以及国际或超国家的法律共同体与我们称为"国家"的共同体之间的区别，就在于这种集中化的程度。正如上面所指出的，没有理由把法律的概念限于构成国家的强迫性秩序，即限于一种比较集中化的强迫性秩序，而只有一国的法律才算是真正意义的"法律"。一个秩序的内容所表现的不同程度的集中化并不是如此之本质的区别（以致于有理由仅仅按照集中化的程度把一种强迫性秩序和另一种强迫性秩序区别为法律和非法律）的根据。

比集中化程度更重要的区别是使用武力的垄断。一个将武力使用保留给共同体的秩序和一个不作这样保留的秩序之间的差异，比起两个都垄断使用武力的强迫性秩序（一个是集中化的而另一个是分散化的秩序）之间的差异，要大得多。如果国际法能够算是一种垄断使用武力的秩序——象我们业已看到的，情形正是如此——那么，它在一个关键点上是与国内法相类似的。如果人们只因为国际法不象国内法那样集中化——不仅国际法规范的创造而且这些规范的适用都是分散化的——而不把国际法叫做真正的"法律"，那么，这只是在技术意义上作了区别，但是，这种区别并不是本质的区别。

2. 高级与低级的关系　或许最经常而且最成功地提出反对国际法具有法律性质的论点，就是在这个基础上来判断的。不同的

权威学者用不同说法所提出的、但在实质上却总是相同的思想是这样的：所谓国际法不能象国内法一样归类为“法律”(国内法被视为最应称为法律的法律)，因为这两个规范体系之间有一个重要的区别。这个区别在于：在国内法——真正的法律——的后面有国家。正是国家，作为最高权威，作为高于其臣民的“主权”权力，它制定法律，调整其臣民的行为。这就假定，国家不仅是一个规范性权威，而同时也是一个有实效的权力，正如人们所说的，它有足够的力量来制止反抗而贯彻其所确立的法律，有足够的力量来“强制执行法律”。传统学说就在这种最高权威或主权权力中看到了具体的“政治”因素。传统学说把存在有这种权威或主权权力的社会称为“政治”社会或国家；并认为，个人对这种权威的关系是国内法的本质。它是一种高级与低级的关系。因此，按照这种看法，法律是一种秩序，其保证者或创造者——有时也用“渊源”这一词语——是国家，即一个构成高级与低级关系的政治上最高权威或权力。但是，所谓国际法却没有显示出这样的权威或主权权力。在国际法的后面，没有一个在其主体——国家——之上对这个秩序加以保证的政治权威。在这里，并没有国家和一个超国家之间在政治上的高级与低级的关系。在这里，一切主体本身都是主权实体，而且作为主权实体，彼此都是处于平等地位的。正是由于这个理由，所谓国际法就不能归类为“真正的”法律；最多是象约翰·奥斯汀所说的①，它只能被认为是“实在国际道德”；奥斯汀用其巨大权威来支持这样的整个推理方向。

这种见解是与下面的说法息息相关的；即国际法不象国内法那样构成高级与低级的关系，而是平等关系。因此，有必要来确定“高级和低级”这一形象性说法的实际意义。说某一个人或某一个

① 约翰·奥斯汀：《法理学讲义》，(1885年)第1卷，第173页。

东西对于另一个人或另一个东西是低下的(隶属的),而另一个人或另一个东西是高超的,这是什么意思呢?在社会范围内,这只能是指一种特殊的规范性关系,即由一种规范性秩序——即设定义务和授予权利的规范体系——所构成的一种关系。说一个人低于另一个人,因而后者高于前者,是意味着,一个人由于社会秩序而有义务服从另一个人的命令,而后者则被该秩序所授权对前者下命令。因此,高级和低级的关系实际上并不存在于各个人之间,而存在于个人为一方与调整其行为的秩序为另一方之间。最后命令一个人服从另一个人的,是该秩序;当一个人执行被该秩序所授权发布命令的个人的命令时,他所服从的是该秩序。发布命令的个人的权威归根到底只是规范性秩序的权威,即该秩序所委托于该个人的权威。

就个人之间的关系来说,他们总是处于平等地位的,因为他们都是受高于他们的秩序支配的,因为这个秩序调整着其相互行为。他们都是由该秩序设定义务和授予权力的;如果该秩序是一个法律秩序,他们就是法律主体,而不问其义务和权利的实质是什么。由法律秩序授予发布命令(即法律规范)的权利的人,是与法律秩序对之说定服从这些命令的义务的人同样地也受法律秩序的支配。必须一再强调指出,高级和低级只是形象性说法,它们所表明的只是一种规范性联系,即个人对规范性程序的关系。

就存在有高级和低级的关系而言,命令个人作某种行为的规范是如何创造出来的——是习惯、人民会议的法令,国会制定法,还是一个独裁者的行为创造出来的——是无关紧要的。这些只是创造规范的程序集中化或分散化在程度上的不同。肯定地说,个人对于高级和低级的关系是感觉得更清楚的;如果他们受拘束的规范是一个特定的人所创造的,这种关系就更明显,更易感到;如果这些规范是一个人、即一个独裁者所创造的,也就是说,在法律创造的过程最集中化的情形下,这种关系就最明显和最易觉到。但

是，即使在这种情形下，个人实际上也并不从属于发出规范的个人，而是从属于将权威委托于这个人的秩序的；不隶属于造法者，而是隶属于法律；隶属于造法者之所以为造法者所依据的法律；隶属于给予造法者以发布法律的职权的宪法。"从法不从人"是一项人所共知的民主原则，也是任何法律秩序的一项原则。

如果高级和低级的关系是按这种规范性的意义来理解的，那么，国内法和国际法在这一点上就没有什么区别——如果国际法有作为调整国家的相互行为的规范体系的任何效力的话。因为，如果国际法使国家承担按照不论何种方式——即使只按照道德使个人承担义务的方式——作某种行为的义务，那么，国家，那就是说作为国家机关的个人，就象个人隶属于国内法律秩序一样，是隶属于国际法的；在国际法范围内，象在国内法范围内一样，就存在着同样的高级和低级的关系。在一般国际法范围内，由于没有设立特别的造法机关，这种高级和低级的关系是不那么容易显示出来的。但是，当两个或两个以上国家用条约设立一个法院来解决其争端时，这个国际法院和有关国家之间的关系就与国内法院和受法院管辖的个人之间的关系一样，同样是高级和低级的关系；法律秩序就使争端各方有执行法院判决的义务，即按照法院指示作行为的义务。成立法院的法律秩序的一般规范使争端各方必须服从法院所发布的个别规范。而受一个被假定有效的规范的拘束这一事实就是高级和低级的关系的意思。

3. 国家作为权力　按照传统的政治理论，国家的特征是：国家是被赋有"权力"的。人们把"国家的权力"说成是国家的一个要素。在外交语言上，国家被称为"强国"，并将大国和小国区别开来。人们想像，在法律的后面是国家的权力；国家是用其权力来强制执行法律，保障"它的"法律的。但是，一般地说，权力是什么呢？特殊地说，国家的权力又是什么呢？

不言而喻，这里所说的，是作为一种社会概念的权力；而不是作为一种自然现象的力量，如电力等。一个人对另一个人有权力的说法似乎意味着，一个人能够使另一个人或其他人按照其愿望作行为。但是，这只是一种自然关系，即因果关系，而且这就跟一个人驾御一个动物或砍倒一棵树的关系在本质上没有什么不同。这种关系即使实际上存在于两个人之间，却不是一种社会关系。只有当它为一个规范所调整时，它才是“社会”关系。只在一种调整人的相互行为的社会秩序的范围内，作为的一种特殊社会现象的权力才在考虑之列。如果我们说国家的权力是一个人对其他人行使的权力，我们所指的是由作为一个社会秩序的国家授权的一个人对其他人所行使的权力。这个人的权力是社会秩序所给他的权威。但是，所谓国家的权力或作为权力的国家，我们指的是社会秩序的权力，而不是在这个秩序中一些特定个人的权力。

一个社会秩序有“权力”的说法意味着这个社会秩序是有实效的，而且就意味着它是大体上被服从和适用的。一个社会秩序的权力是其实效性。

如果人们说到国家的权力，人们可能首先想到的是监狱和电椅、枪和炮；如果人们是唯物史观的信徒，人们可能想到雇主们的银行帐目和他们的工厂。但是，人们不应该忘记，这一切都是无生命的物体，它们要成为权力的工具，必须由人们来使用；如果人们因受别人通过命令、即通过规范的指使而使用这些工具，人们就为了这个或那个目的而使用这些工具。权力的现象在这里就表现于这些命令的执行，表现于规定使用监狱和电椅、枪和炮、银行帐目和工厂的规范在实际上是被服从和适用的；权力不是监狱和电椅、枪和炮、银行帐目和工厂；权力不是一种物质，不是一种隐藏在社会秩序后面某处的、与社会秩序有别的东西。社会权力只是一种调整个人的相互行为的秩序的实效性。在我们认为有效的

每一个社会秩序的后面的是权力，因为只有一个社会秩序在某种程度上是有实效的，也就是说，只有当这一秩序大体上被服从和适用时，我们才会认为它是有效的。

但是，人们可能反驳说，法律的主要特征是，在法律后面的权力是国家。这种说法是令人误解的。因为，国家本身不是别的，而是一个秩序，即一个有组织的权力，或者也可以说，是一个组织。国家是一个“权力”的说法不可能有别的意思，而只是意味着，这个社会秩序是有实效的。作为一个权力，国家就是一个法律秩序的实效性，而作为一个秩序或组织，它就是这个法律秩序本身，或者，当把它想像为一个人格者时，它就是这个秩序的人格化。

4. 国家作为一个归附点　我们可以从经验里并且用比较简单的方式使我们自己相信：国家的确是一个社会秩序，而且，作为一个秩序，它实际上只是国内法律秩序；作为一个人格者，它只是这种秩序的人格化；作为一个权力，它只是这种秩序的实效性。因为，国家本身既是看不见的和感觉不到的，它怎样在实际社会中表现出来呢？它就表现在被我们视为国家行为的个人行为。并不是每一个人都能够作国家行为，也并不是能够作国家行为的个人的每一个行为都是国家行为。那么，标准是什么呢？在什么地方我们能够把被表征为国家行为的人的活动和不是国家行为的人的活动相区别呢？这是决定国家的性质的关键性问题。

如果我们说某一个人的行为是国家行为，我们是把这个行为归于作行为的个人以外的另一人格者，即归于所谓在该个人的后面的另一人格者。把一个人所作的一个行为归于与作行为的个人有别的一个“人格者”，只有在我们假定有一个规范性秩序一般地调整个人的行为并特别地决定该个人的行为的条件下，才是可能的。只有一个人所作的一个行为是基本符合于我们所假定为有效的社会秩序的，这个行为才能归于作为一个作行为的人格者的国家，这

个行为才能被表征为一个国家的行为。说我们把这个行为归于国家，这只意味着，我们把这个行为归于决定这个行为的秩序的统一体。当我们说国家惩罚罪犯时，虽然实际上总是一个人在作这个被称为惩罚罪犯的行为的，但我们只是形象地表明这样的事实，即法律秩序的一个规范规定了对罪犯的惩罚，执行惩罚的个人是执行法律秩序的。把国家看做一个作行为的人格者，只是把该秩序人格化，而在该秩序把某些个人的行为解释为国家的行为时，我们假定该秩序是有效的。但是，只有这个秩序是有充分实效的，我们才假定这样一个秩序为有效，我们才用这样一个秩序作为一种解释方案。国内法律秩序的这种实效性，就是国家的“权力”。

从经验得来的一个事实是，象法律秩序这样一种强迫性秩序，如果是集中化的，也就是说，如果为了其创造和适用而设立有按照分工原则进行工作的特殊机关，它就取得了实效性。一个强迫性秩序的实效性是由于执行制裁的集中化，即由于设立中央执行机关而特别得到加强的。当有些作者说国际法不是法律，因为法律是一种以国家为后盾的秩序，一种为国家所创造、保证等等的秩序；这意味着——剥去一切人格化和形象性语言而把观点具体表达出来——国际秩序是不够集中化的，因而不能被称为法律。这种说法的假定是：法律的观念是与比较集中化的强迫性秩序相等同的。然而，这样等同含有不可容许地把法律的概念缩小的意思。甚至完全分散化的强迫性秩序，如一个原始社会的社会秩序，或调整各国相互行为的秩序，都是法律；但这种法律秩序所构成的共同体并不是国家。

5、国家主权　上面已经指出，许多作者主张，国家和国际法之间的关系是与个人和国内法之间的关系有着本质上不同的，因为作为国际法主体的国家是“主权的”，而作为国内法主体的个人却不是“主权的”。不论对这个具有许多意义的术语怎样理解，也不论

这个概念的一些定义怎样彼此不同，大多数作者在这样一点上是意见一致的，即：被表征为“主权的”东西，不论它是一个秩序、一个共同体、一个机关，还是一个权力，必须被视为最高的，在它之上不存在更高的、对主权实体的职能加以限制、即对主权者加以拘束的权威。主权在其原来的意义上意味着“最高的权威”。

如果人们认为国家，作为其法律的权威或渊源，是主权的，或者较正确地说，如果人们认为国内法律秩序是最高的权威，那么，在国家之上或在国家的法律秩序之上，就不能设想有任何其他秩序，对国家或代表国家的个人加以拘束。认为国家作为一个法律秩序是在原来意义上主权的，其不可避免的后果是：国际法不能被认为一个高于各国内法律秩序的法律秩序；如果它存在的话，它只能被认为是国内法律秩序的一部分；而且，如果一国承认国际法对它有拘束力，国际法就是这个国家的国内法的一部分。许多作者所主张的这个观点将在另外地方加以讨论。但是，即使国际法不被认为一个高于各国内法律秩序的法律秩序，即使它被设想为各该国内法律秩序的一部分，国家作为一个作行为的人格者——而这就意味着作为国家机关的个人——也必须认为是受国际法的支配的，因为这些个人必须被认为是受其国内法支配的。只有作为一个规范性秩序，而不是作为一个作行为的人格者，国家才能是在真正意义上“主权的”。因为，作为一个作行为的人格者的国家，就意味着作为国家机关而作行为的个人，而这个人正是以作为国家机关的资格而受法律秩序支配的。只有在其行为可以归于国家的范围内，他才是一个国家机关，而只有在其行为是构成国家的法律秩序按照一种特殊方式所决定的范围内，其行为才能归于国家。即使国际法被认为是国内法的一部分，作为一个人格者的国家也必须被认为受作为国内法的一部分的国际法支配的。因此，国际法必须被认为高于作为义务和权利的主体的国家；国际法和

作为一个人格者的国家之间的高级和低级的关系是不能否认的。

如果认为这种关系只能为一种“权力”所确立，那么，作为国际法的后盾的也就是被假定为国内法的后盾的同样权力。因为这种“权力”——正如上面所指出的——不是别的，而只是规范性秩序的实效性。不论国际法被认为是一个高于国内法律秩序的法律秩序，或者是各国内法律秩序的一部分，只有它大体上是有实效的，它才被认为是一个有效的秩序。如果国际法的规范没有实效性，如果它们不是大体上被服从和适用的，国际法就不可能被设想为一个有效的秩序。但是，如果象实际情形那样，国际法被认为是有实效的规范性秩序，那么，在国际法的后面，正如在国内法的后面一样，也是一种“权力”。如果国际法被认为国内法的一部分，那么，在国际法的后面的权力——按照传统学说——是国家，即国内法律秩序所成立的共同体。如果国际法被认为是一个高于各国内法律秩序的法律秩序，那么，在国际法的后面的是国际法所构成的国际共同体，正如在国内法的后面的是国家一样。而且，这个国际法律共同体可以被称为国际法的承担者、保证者或渊源，正如国家可以被称为国内法的承担者、保证者或渊源一样。人们不应该忘记，这些只是形象性说法，只是人格化，而没有任何独立的意义。如果人们把它们加以分解还原，法律和国家的二元论就消失了，而且也就不可能再以国际法的后面没有“国家”为理由而否认国际法具有法律的性质了。

6. 国家是只受国际法支配的共同体　如果我们认为国家是在法律上受国际法支配的，正如是受一个高于国内法律秩序的法律秩序支配的，那么，国家，就是说国内法律秩序，就不能是主权的，也就是说，不能是最高法律权威。但是，这个国内法律秩序，或其人格化，即作为一个法人或社团的国家的一个主要特征是，它只受国际法律秩序的支配，而不受另一个国内法律秩序的支配。这意

味着一个共同体要成为国际法意义上的国家，就必须是独立于其他国家之外的。但是，这并不意味着，国际法意义上的国家必须是独立于国际共同体之外的。一切国家都是一般国际法所构成的国际共同体的成员，因而受一般国际法的支配；一个国家可以是特别国际法所构成的，即该国所缔结的一项条约所构成的一个国际共同体的成员，而不失去其作为国家的性质。在这种情形下，国家就不仅受一般国际法的支配，而且也受特别国际法的支配，因为它是从属于这种特别国际共同体的法律的，这就是说，是从属于构成该国际共同体的条约所创造的法律的，而且是从属于该国际共同体的机关按照其建立条约所创造的法律的。但是，如果由于条约所构成的共同体的集中化而使条约所创造的法律取得国内法的性质，例如成立联邦国家的条约的情形，那么，一个国家就失去了其作为国家的性质。在这种情形下，国内法是一个国际法行为所创造的。某些作者①所提倡的学说，认为国内法不能来自国际法的程序，是不正确的。

依据两国缔结的条约，其中一国可能被置于另一国的所谓保护权或“宗主权”之下。依据这种条约，一国在某些方面，例如，在对外事务方面，被置于另一国的国内法之下。两国的对外事务是如此集中化，以致其中一国的机关依据该国的法律有权处理另一国的对外事务。因此，被置于保护权下的国家就失去其作为国际法意义上的国家的性质，因为它已经不是只受国际法的支配，而是受行使保护权的国家国内法的支配的②。

---

① 例如，韦路贝：《公法的基本概念》(1924年)，第284页。

② 保护国的例子有：在意大利保护权下的圣马力诺；在法国保护权下的突尼斯和摩洛哥；在英国保护权下的马来联合邦和罗来半岛的其他（非联合邦的）各邦。英国与霹雳邦——一个非联合邦的马来邦——于1930年4月28日缔结的协定包括下述一项规定：“霹雳酋长殿下除通过英王陛下的代表外，不应与任何外国或外国君主发生任何政治关系。”

一国甚至可能受一个国际共同体的支配。如果一个国际共同体的一个机关同时是一国的政府，而该国却不是这一共同体的成员，情形就是这样，例如，按照对意和约所附的规章(该规章尚未生效)，安全理事会对的里雅斯特自由区的关系。这就不是民主形成的政府，因为这样一国的政府不是该国人民所直接或间接任命的，但是，该共同体却是国际法意义上的国家，因为它不依赖于其他国家的政府，或者也就是说，不受其他国内法律秩序的支配。但是，如果一块土地及其居民——如第二次世界大战战败后的德国——受一个由其他国家政府任命的人员组成的团体的支配，而且负有遵守这些人员的本国政府对这些人员所给训令的法律义务，该土地及居民就不能被认为是对该土地及居民行使法律控制权的各国之外的一个国家的要素。不论这种土地及居民的法律地位如何，其地位总不是一个“主权”国家，也就是说，不是一个只受国际法支配的共同体。

7.对外与对内主权、被分割的主权　有些作者把关于国家对其他国家的关系的对外主权与关于国家对其臣民的关系的对内主权区别开来。但是，这两者是不能分离的；如果一国在其国际关系方面受另一国的支配，它就不是“主权”的，即使其立法、行政和司法权力是不受限制的①。

虽然主权在本质上是一种特质，是国家作为规范性秩序的一

① 在“达夫发展有限公司诉吉兰丹政府”一案中(英国上议院，《1924年法律报告，上诉案件》第797页)，英国政府声明，吉兰丹是马来半岛的一个主权国家，尽管英国与吉兰丹于1910年10月22日订有一项协定，规定吉兰丹除通过英国国王外不得与任何外国有政治关系。该协定还规定：“本协定并不影响吉兰丹酋长现在所掌握的行政权力。”在上议院中，芬莱子爵声称：“对于它的〔即吉兰丹的〕独立是有广泛限制的，但是，所附文件并不否定这样的看法：它还保留有相当充分的独立性，足以支持对主权的主张。”

种特质，但是，这一术语往往被用以指国家权力的某种特质或整个的国家权力。在这里，“权力”意味着法律权力，也就意味着国家的职权或管辖权。如果主权是指无限制的权力，它肯定是与国际法相矛盾的，因为国际法对国家设定义务，从而限制了国家的权力。这种限制的程度按照有关国家所订立的条约而有很大的不同。因此，就发生这样的问题：权力可以受限制到什么程度而不使共同体失去其作为国家的特质。唯一可靠的标准是：一国不受另一国的国内法的支配。如果一国由于与另一国订立一项条约而在任何方面都受另一国或任何其他国家的国内法的支配，它就不是只受国际法支配的，因而也就不是国际法意义上的国家。典型的情形是若干国家成立联邦国家的条约，这些国家就因而成为联邦国家的所谓成员邦。既然包含有联邦宪法的条约的效果是使各缔约国都服从于联邦国家的国内法，各缔约国就失去其作为国际法意义上的国家的特质。认为这些国家仍然是“主权”国家的学说——主权被分割于成员邦和联邦之间——是以这样一个观念为根据的，即：主权是国家权力的一种数量，因而是可分割的。但是，所分割的并不是主权，主权作为一种特质是不可分割的。在一个联邦国家内，在中央机关和几个地方机关之间所分割的，是国家权力，或者较确切地说，是国家的职权。

为了避免误会，对于国家，最好不用“主权”这一含糊的术语。既然主权原来意味着一种绝对的特质，那么，相对主权——不论它意味着非最高而只是次于最高的权威，或者只意味着对内而不是对外的主权，或者并非全部的而是被分割的主权——就是一种词语矛盾。在英语中没有一个特殊术语能表示下述一个观念，即国家作为国内法律秩序是只从属于国际法律秩序的。（德文Voelkerrechtsumittellbarket 一词是无法翻译的。）正是由于这种对国际法的直接关系，我们才能在作为法人或社团的国家与国内各种社

团之间加以区别：后者是受国内法律秩序支配的，是受在国家内成立它们的该国法律的支配的。作为法人的国家是比较集中化的法律秩序的人格化，是仅低于国际法的。这就是国家作为国际法主体的性质。

3. 国际法上义务和责任的主体

认为只有国家，而非个人，才是国际法主体的传统学说意味着，国际法律秩序的属人效力范围是有限度的。按照这种学说，国际法规范只能对国家而不能对个人设定义务、责任和授予权利。按照这种学说，属人效力范围的这种限度构成国际法的一个主要特征。这种学说是错误的。国际法主体——象国内法主体一样——是人。作为法人的国家是国际法主体，正象作为法人的社团是国内法主体一样。作为法人的国家是国际法主体的说法并不意味着，个人不是国际法所确立的义务、责任和权利的主体。它只意味着，人们以其作为国家机关或成员的资格间接地和集体地是那些表现为国家的义务、责任和权利的义务、责任和权利的主体。此外，人们也直接地和个别地是国际法所确立的义务、责任和权利的主体。

1.国家作为国际义务的主体　说国际法对一国设定义务，这是意味着，可以用其行为履行或违反义务的个人不是国际法规范所直接决定的，而国际法规范让国内法来决定这个人。更确切地说，国际法律秩序将对这个人的决定委托给国内法律秩序。例如，国家有义务尊重其他国家的领土完整因而有义务不用其武装部队或武装部队一部分侵入他国领土的这项规则意味着，依据国家的宪法有权指挥国家武装部队的个人——例如作为最高统帅的国家元首——依据国际法有义务不命令武装部队或武装部队一部分侵入另一国的领土。国家依据一项国际公约有义务采用8小时工作制，这是意味着，按照国家的宪法有权规定该事项的机关（立法和

行政机关)，依据国际法必须作一些必要的行为以建立一种制度，使雇员们每日工作不超过8小时。

如果国家的主管机关不履行国际法所确立的义务，国家就为了国际不法行为，对此，国际法规定了制裁。但是，国际法所规定的制裁——这是我们称为"国际法上国家的义务"这一现象的第二个特有因素——即战争或报复，不是针对那些以履行国际法的义务为其职能而未履行该义务的机关的。制裁既不影响违反国际法、命令国家武装部队或武装部队一部分侵入另一国领土的作为国家元首的个人，也不影响那些违反条约、不向组成议会的个人提出法案的政府成员，也不影响那个不通过关于8小时工作的法律的议会本身，等等。制裁——战争或报复——所直接地或间接地影响的是该国的人民，即属于该国的个人，而在战争的情形下，特别是影响属于国家武装部队的个人。制裁所针对的人并不是个别地加以决定的，象在法律规定应对用自己行为作不法行为的个人实行制裁的情形那样。国际法只决定制裁所可能针对的一群人：在报复的情形下，是对不法行为负责的国家的臣民；在战争的情形下，是国家武装部队人员。这就意味着，国际法所确立的是对违反国家所承担义务的集体责任。因此，说国际法对国家设定义务，或者说作为法人的国家是国际法所规定的义务的主体，是意味着：(1)国际法使个人以其作为国家机关的资格承担义务；作为国家机关的个人是国际义务的主体。但是，国际法只间接地决定应当以其自己行为履行国际法所规定义务的个人和可能作出被归附于国家的国际不法行为的个人；国际法委托国内法去决定这些个人。(2)国际法由于规定报复或战争作为制裁，而确立了国家的臣民或武装部队人员对破坏国际法的集体责任。

2.国家作为国际责任的主体　(1)国家的责任：集体责任。这种集体责任是一般国际法上的"国家的责任"。它是一种由国际

法的特殊制裁——报复和战争——构成的责任，而与国内法所确立的责任不同，后者通常是个人责任，而且，按照制裁——民事执行或刑罚——的性质，是民事责任或是刑事责任。一般国际法所确立的国家责任既不是民事责任，也不是刑事责任。在国际法内是没有民法与刑法之分的。以国际法为根据的一国对不偿还债务所担负的国际责任是与其对违反任何其他国际义务所担负的责任没有什么不同的。即使一个国际不法行为——例如诉诸不法战争——有时被称为一种"罪行"，国家对这种不法行为所担负的集体责任也不是刑事责任，因为报复和战争并不具有刑罚的特殊性质。

（2）"国家行为"。一般国际法上的国家责任是由于行为破坏国际法而担负的责任，这种行为可以被解释为国家的行为，这就是说，个人的可以归附于国家的行为。这种行为通常被称为"国家行为"（包括作国际法所指令的作为以及不作为）。其行为可以归附于国家的个人是作为国家机关而作行为的。在什么条件下一个人是作为国家机关而作行为的，由国内法律秩序，即国家的法律决定；而正如上面所指出的，国际法律秩序委托各国内法律秩序来决定哪些个人以其作为国家机关的资格应该作国际法所指令或授权的行为，也就是说，哪些个人应该履行国际法对国家所设定的义务和行使国际法所给予的权利。

关于一个人所作的行为是否国家行为，这就是说，是否可以归附于国家的问题，必须根据国内法律秩序，即该国家行为有关的国家法律予以回答：一国的法律所未指令或允许的行为就不能归附于该国，即不能被解释为该国的行为。但是，按照国际法，这一行为可能具有与一个可以归附于国家的行为的同样效果，特别是如果该行为是这样一个人所作的，即他作为一个国家机关，依据该国法律，是有权在对其他国家的关系上代表国家的，如国家元首。例如，按照有些作者的意见，国家元首所缔结的条约就是国家所缔结

的条约，即使该国宪法不把或不完全把缔结条约权给予国家元首，而是给予议会或给予国家元首和议会二者。国家元首所作的战争宣告可以被认为履行了国家依据海牙第三公约所承担的义务，虽然按照该国宪法有权宣战的是议会而不是国家元首。在这些情形下，可以认为，那些有权行使国家的权利或履行国家的义务的个人，至少在不仅国内法而且国际法都可以决定哪些人有权作为国家机关作行为，即作国家行为的范围内，是国际法所直接决定的。如果接受这种解释，那么，关于一个人所作的行为是否国家行为的问题，在原则上要根据各该国家的国内法予以回答，但如果该个人所作的行为按照国际法是与国内法所授权作该行为或使有义务作该行为的个人所作的同样行为具有同样的效果，就例外地要根据国际法予以回答。

传统学说只把国际法意义内的国家行为界说为政府（包括国家元首和内阁）所作的或依据政府的命令或经政府授权所作的行为①而不包括不在政府权威之下的国家机关——如议会或法院——所作的行为，这些国家机关按照近代国家的宪法是独立于政府之

① 在"布龙诉丹曼"一案中（英国高等法院，1848年，《高等法院分庭》，第2卷，第167页），法院判称，一名海军司令官所作的一个行为，虽然不是依据政府的命令或经政府授权所作的，应被认为国家行为，因为它后来被政府批准了。"主要问题是：被告的行为……能否有理由认为是依据国王授权作出的国家行为。被告并未辩称有任何事先授权。……因此，被告的辩护理由决定于其行为的事后批准。关于私人关系的一个著名法律箴言是'对一个已经作出的行为的任何批准都具有追溯力，而且都等于事先请求作该行为。'……因此，一般说来，在臣民与臣民之间，对于作为代理人所作的行为的事后批准是等于事先授权的。……你们必须用这样一点作为法院的指导，即如果国王知道已经发生的事情，由国务大臣或者海军大臣批准了该被告的行为，这一诉讼就不能维持下去。在已经宣读的文件中是有批准的充分证据的，……如果这个行为由于被采纳而成为国王的行为，那么，被告对奴隶和货物的夺取就是国王的夺取，就是被告所不负责任的国家行为，因而是有理由得到"无罪"判决的。

外的。毫无疑问，议会或法院在其职权内所作的立法或司法行为可能会违反国际法。但是，有些人拒绝把这种违反国际法的行为解释为“国家行为”，因而不是“国际不法行为”，这就是说，不是可归附于国家的国际不法行为，但他们却承认，如果违反国际法的议会或法院所属的国家和利益受侵犯的国家之间不能达成协议，后一国家就有权诉诸报复或战争。但是，如果政府所作的或依据政府的命令或经政府授权所作的行为违反了国际法，情形却正是这样的。在这种情形下，以及在国家对其立法或司法机关的行为负责的情形下，国家是对其自己的行为负责的。把各国的立法和司法机关所作的行为排除在“国家行为”的概念之外，是没有充分理由的。

（3）国家的直接和间接责任。有些作者主张，国家不仅对其自己违反国际法的行为(所谓“国际不法行为”)负责，而且也对按照其自己的法律（或按照国际法）不可归附于国家的违反国际法的行为负责；换句话说，国家也对国家本身以外的其他人所作的行为负责。这种行为可能是无权作该行为的国家机关所作的或是私人所作的。国家对可归附于国家的行为所担负的责任被称为“直接”或“原始”责任；国家对不可归附于国家的行为所担负的责任被称为“间接”或“转嫁”责任。但是，所谓间接或转嫁责任并不能理解为真正意义的责任，而应理解为国家的一种特殊义务——即赔补损害的义务；而损害是指由于不可归附于国家的违反国际法行为而引起的精神上和物质上的损害。①赔补对其他国家所加损害的义务可以

① 在“汤麦斯·优曼斯”一案中(《年摘，1925—1926年》，第162号案件)，三个美国人在墨西哥的米柯亚桑州在与一个墨西哥工人发生工资纠纷后被暴徒杀害。在杀害前，该市长由于不能平定暴徒，命令州部队的一名尉官带领军队去镇压暴动并制止对美国人的攻击。军队在到达暴动地点时，并未去解散暴徒，却向美国人躲藏的房屋开枪，杀死其中一人。然后，另外两个美国人被迫离开该房屋，在离开时，他们为军队和暴徒所杀死。事后并未采取适当的措施对犯(接下页注)

是：撤销该行为或否认该行为是国家行为，如果该行为在外表上表现为国家行为；或向受害国表示歉意或正式道歉；或对作行为的个人加以惩罚；或对该行为所引起的物质损害予以补偿。这种赔补义务的范围可以因不同情形而有所不同，而且两个有关国家之间必须取得协议。依据一般国际法，国家有义务防止伤害他国的某种私人行为。而且，如果防止这些行为是不可能的，国家有义务惩罚不法行为人并且强迫其赔偿加害行为所引起的物质损害。这种义务有时也被说成国家的间接或转嫁责任，也就是说，被说成国家对于并非自己行为违反国际法的责任。② 但是，在一切所谓间接或

(接上页注)罪者加以惩罚。有些士兵被逮捕，但未判罪。被逮捕的士兵中有17人逃走，其中有些是在被保释后逃走的。美国和墨西哥一般求偿委员会(1926年)认为，如果显然在作非法行为时，士兵们是在执行职务而且是在一个统率的高级军官直接监督和亲临下作的，那么，政府就要对这些士兵的这些错误行为负责，即使他们是违反上级机关制定的规则的。士兵所作的人身伤害或故意毁坏或抢劫行为总不能被认为是单纯私人行为。对于一个国家机关超越其职权范围的行为，国家不负责任，这并不意味着，政府对于其官员所作的错误行为总是不负责任的。而且，墨西哥对于没有采取适当的步骤去追捕和惩罚与该罪行有关的人，也是应该负责的。

② 参看"劳拉·琼斯"一案(美国和墨西哥一般求偿委员会，1926年，《年摘，1925—1926》，第 158 号案件)。一个美国公民在墨西哥领土上被杀害。证据表明，墨西哥当局所采取的行动是不够有力的和迟慢的。在杀害事件发生后 8 年，杀人犯尚未被逮捕。委员会认为墨西哥应对损害负责。由于墨西哥方面不采取逮捕杀人犯的迅速有效的行动，因而有理由对其判定赔偿。但是，在这里，国家责任的根据并不是由于行政部门不采取行动而使犯罪行为得到宽恕或批准从而成为犯罪者的共犯，却完全是拒绝司法的具体事实，即：不履行国家本身的追诉和惩罚罪犯的国际义务。

在"美国(罗沙·盎尔卜特兰克求偿)诉萨尔瓦多"一案中(美国和萨尔瓦多求偿仲裁，1902 年；《美国对外关系》，1902 年，第 877 页)，仲裁法庭驳回了对于在1898年萨尔瓦多革命中所引起损害的赔偿要求。法庭在意见中声称："一国的一个公民或臣民为了从事商业在一个外国的领土上并在该国主权的保护下进行贸易，应被认为与其所居住和进行贸易的国家的臣民或公民同命运。……他作为国民而效忠的国家没有权利，在由于战争(对外或国内)、革(接下页注)

转嫁责任的情形下，国家只对自己的行为负责；因为只有国家不用自己的行为来履行对那些不可归附于国家的行为所作的错误行为加以防止或赔偿的义务，国家才使自己真正地负责，这意味着，国家应受制裁；这就是说，国家是只对其自己的不法行为负责的。但是，如果认为对错误行为作赔补的义务并不是违反国际法的自动后果，而是一项关于赔补的协议的结果，而且，如果又认为在有关国家没有达成这种协议的情形下，一般国际法授权受害国对加害国诉诸报复或战争，那么，这个国家可以被认为是对不可归附于它的不法行为负责的。这样，如果不法行为是一个非主管国家机关，即未经政府授权的机关所作的，或者是在国家领土上作有害于他国的行为的私人所作的，那么，这就存在国家对别人所作的不法行为担负责任的情形。

(4) 国家的绝对责任。对于国家的国际责任具有绝对责任的性质还是具有以过失为根据的责任（过失责任）的性质的问题，是众说不一的。既然国家的国际责任具有集体责任的性质，对这个问题的回答就决定于，这种责任所指的是对一个国家机关所作的违反国际法的行为集体地负责的个人，还是以国家机关的资格用自己的行为违反国际法的个人。上面已经指出，集体责任总是绝对责任，因为这种责任的根据不可能是负责的个人，即制裁所针对的个人的过失。然而，只有不法行为是直接不法行为人所故意

（接上页注）命、叛乱或有组织的军事部队或士兵所引起的其他内部骚乱而遭受损失的情形下，为其向其所居住的国家要求给予该国臣民或公民的待遇以外的任何其他或不同的待遇。……但是，不能认为，这项规则将适用于这样一种暴动情形：如果以相当注意，暴动就可以由民政当局单独予以防止或在一支可供使用的军事部队的协助下由民政当局予以防止。在这种暴民抢劫的情形下，特别是在发生敌视外国人的骚乱的情形下，就可能适用不同的规则。”

或因过失作出的，才能使这些个人负责。这样，其责任的根据就并不是其自己的过失，而是不法行为人的过失。

国家的不法行为总是一个作为国家机关而作行为的个人的行为。因此，有关国家的国际责任是绝对责任还是过失责任的问题，也可以表述为这样的问题：其行为被归附于国家的个人的过失是否国际法所规定的对国家的制裁的一个必要条件。有些作者主张，客观上构成违反国际法行为的有害于他国的国家行为，如果既不是故意或恶意也不是由于疏忽而作出的，就不是国际不法行为（这意味着，就不是制裁的条件）。相反，其他作者则主张，在一般国际法上，就其行为构成不法行为的个人而言，通行的是绝对责任——至少在原则上是这样。也有一些国际法庭判决可以作这样的解释。① 这个问题是难以用一般方法予以回答的。毫无疑问，国家应对其机关由于过失而作的违反国际法的行为负责。有些作者认为，如果能够证明一国的主管机关曾经采取一些避免侵犯他国权利的必要措施，就没有理由对该国实行制裁。但是，如果该国只证明其机关并非故意或恶意违反国际法，它是不能因此而免除责任的。如果"责任"被理解为不仅应受到作为制裁的强制行动，而且有赔补所作错误行为的义务，而且如果"以过失为根据的责任"（过失责任）被认为不仅包括故意或恶意的错误行为的情形，而且包括由于过失而作错误行为的情形，那么，国家的国际责任，就集体负责的个人而言，就具有绝对责任的性质，而就其行为构成国际不法行为的个人而言，则在原则上具有过失责任的性质。但是，在一些

① 在"耶西号"一案中，英美求偿仲裁法庭（1921年）认为，美国应就其军官既非故意或恶意也非由于过失而作出的行为，对英国负责。法庭声称："任何政府对其官员——这些官员是试图在其职权范围内作行为的，而且是被赋予以强制实现其要求的权力的——所作的错误判断，应向他国政府负责。"参见《英国国际法年刊》，（1938年），第115页。

情形下，虽然国家机关并无过失，国家却应负责。例如，按照1907年关于陆战法规与惯例的海牙公约第3条，一个交战国对该公约所规定的一切违反章程的行为“负责”(“应负责任”)，不论这种行为是其机关所作的，还是属于其军队但非以作为机关的资格的个人所作的。这就意味着交战国有义务对违反章程所引起的损害作补偿，不论违反行为是否出于故意和恶意或过失。

3. 个人作为国际义务和责任的主体 在国际法中，关于国家是国际法所确立的义务和责任的主体的原则，是有一些重要例外的一项规则。这项原则所包含的特殊法律技术不是来自国际法的本质，即不变的性质。因为，有一些国际法规范例外地直接决定了哪个人可以用自己的行为作或不作国际不法行为；有一些国际法规范，由于专对直接不法行为人或对国际法所个别和直接决定的另一自然人执行制裁，从而确立了个人责任。因此，这些制裁不具有战争或报复的性质，因为战争和报复按照其本身性质是构成集体责任的。它们具有象国内法的制裁的同样的性质。

(1)海盗行为的禁止。例如，关于禁止海盗行为的一般国际法规范就是这样的情形。海盗行为通常被界说为，在公海上，私船船员以劫掠为目的对人或财产所作的暴力行为。海盗行为只能是私人所为，而不能是国家行为所为的；因而它不是公船船员依据政府的命令或经政府授权所为的行为。①国际法授权一切国家——通

① 在“希伦那号”一案中(英国海军高级法院，1801年，《罗宾逊报告》，第4卷，第3页)，法院判定，一艘阿尔及尔海盗船（私掠船)对一只英国商船的拿捕不是海盗行为，因为阿尔及尔是一个国家，因而“拿捕和判决没收的行为不是单纯的私人劫掠行为”。虽然突尼斯、特里波里和阿尔及尔在以前被认为是海盗国家，“它们早就取得了确定的政府的性质”；因此，“它们不能正当地被视为海盗，而是敌国。……虽然其所具有的国家之间应遵守的正义概念与我们所接受的有所不同，我们却不能因而冒然对其公共行为表示异议。”法院在将国家行为排除于关于海盗行为的规则之外时，适用了一国对他国的行为无管辖权的(接下页注)

过其公船或私船——在公海上拿捕海盗并由其自己的法院惩罚他们，而不问他们是属于什么国籍的。惩罚可以由国内法来决定。

授权各国惩罚海盗的一般国际法规范，对于该规范本身所决定的“海盗行为”附以一种制裁，这种制裁是针对作海盗行为者个人的。它使一切个人承担不作海盗行为的义务，从而禁止海盗行为。个人承担义务的情况与其依据国内法规范而承担义务的情况没有什么不同。由于禁止海盗行为的规范是一个国际法规范，因而个人就是国际法的直接主体，即一项国际义务的主体。强迫行为，即制裁，是针对违反国际法义务的海盗的，而不是针对国家的，特别不是针对海盗作为公民所属的国家的；它与报复或战争不同，因为报复或战争是针对国家的，即针对这一国家的人民的。在海盗行为的情形下，所发生的是违反国际法的个人责任而不是集体责任。在这里，一个国家机关执行制裁，乃是执行一个国际法规范。因为，如果没有这个规范，那么，对于外国船舶或在外国船舶上作主权行为，特别是强迫行为，是违反国际法的。海洋自由原则，一项极重要的国际法原则，就包含这样一项规则，即禁止在公海上对外国船舶或使外国船舶受影响的任何强迫行为。授权国家在公海上拿捕和惩罚海盗的规则是对海洋自由规则的一个限制，而且，既然后者是一项一般国际法规则，前者也就必须同样是一项一般国际法规则。诚然，对海盗所处的刑罚不是国际法所直接规定的，而是国际法让国内法去决定的。但是，当国家用其刑法来决定对海盗的刑罚以及由国家自己的法院对海盗加以处罚时，国家是在

(接上页注)原则。

在“国际法上海盗行为”一案中(《年摘，1933年—1934年》，第89号案件)，枢密院司法委员会(1934年)认为：“实际的劫掠行为并不是国际法上海盗罪的必要因素。企图从事海盗劫掠而未遂，也同样是国际法上的海盗行为。”

执行国际法；它是作为一般国际法所构成的国际共同体的机关而作行为的，正象作海盗行为的个人所违反的是国际法对他所直接设定的义务，而不是对其国家或任何其他国家所设定的义务一样。国际法使这个人而不是使一国对该不法行为担负责任。

(2)旗帜的非法使用。依据一般国际法，每一艘船舶都必须在航行时挂一国的旗帜，但是，国际法却让一国的国内法去决定在什么条件下一艘船舶被准许在挂该国的旗帜时航行。一切国家都被授权由其军舰拿捕挂着其国家的旗帜但非法航行的船舶，并由其自己的法院来判决没收，作为滥用旗帜的刑罚。这就意味着，国际法对船主和船长直接地设定了不作该不法行为的义务，并使船主个人对该不法行为负责。

(3)伤害外国的私人行为。上面已经指出，一般国际法使各国承担义务，防止在其领土内作某种伤害他国的行为，如果不可能预防，就有义务惩罚不法行为人并迫使他们赔补不法行为所引起的损害。这种伤害行为有，侵犯居留在外国领土上的国家元首人身，或外交代表人身；侮辱外国国旗或其他正式标志；企图侵犯外国的领土完整或意图推翻他国的合法政府。所有这些行为都是违反国际法的行为，国际法使国家负有惩罚不法行为人的义务，禁止这种行为。在惩罚不法行为人时，各国是通过其法院来执行国际法的，虽然它们可能同时也是在执行遵照国际法而制定的其自己的国内法。因此，不许作这些不法行为的义务首先是国际法，其次是国内法，对有关个人所直接设定的。这些个人是国际义务的主体；一般国际法对违反这些义务的行为确立了个人刑事责任。

(4) 保护海底电线公约。另一个例子表明在国际法上有个人的直接义务和对违反国际法行为确立个人刑事及民事责任可能性的，是国际保护海底电线公约(1884 年 3 月 14 日)。这一公约规定(第 2 条)："故意或由于重大过失而切断或损坏海底电线，以致全

部或部分中断或阻碍电信交通者，应为可惩罚的罪行（但所加惩罚并不妨碍提出赔偿要求的民事诉讼）。”这项规定对该公约所规定的不法行为确立了个人刑事责任。按照公约第12条，惩罚应为“罚金或监禁”或两者并用。第4条确立了民事责任：“由于安装或修复一条电线而使另一条电线中断或受损害的电线所有人，应偿付该中断或损害所必需的修复费用，但此种偿付不应妨碍本公约第2条的强制执行，如果有强制执行的理由。”第8条规定：“（一）有权审理违反本公约的法院应为违反行为所在的船舶所属国的法院。（二）并了解，在上项规定不能执行的情形下，本公约的违反在涉及各缔约国的臣民或公民时，应在各缔约国内，按照这些国家的特别法律或国际条约所确立的关于刑事管辖权的规则予以取缔。”

（5）破坏封锁和运载禁制品。关于破坏封锁和运载禁制品的一般国际法规则对个人设定了各种义务并且确立了对违反这些义务的个人责任。一般国际法由于授权各交战国在破坏封锁的情形下拿捕中立船舶并通过其捕获法院的判决予以没收，而对中立船舶的船主和船长——不是对中立国——设定了不作此种不法行为的义务，并使船主个人对该不法行为负责。有些作者把这种不法行为表述为一种“犯罪行为”。一般国际法由于授权各交战国禁止运载禁制品并且通过其捕获法院的判决对禁制品货物加以没收，而对中立船舶的船主和船长——不是对中立国——设定不运载禁制品的义务，并使禁制品货物的所有人个人对该不法行为负责。

（6）战争罪行。违反作战规则的行为被称为战争罪行。一般国际法使国家负有惩罚其本国战争罪犯的义务，并授权任何交战国惩罚在其权力下的那些被俘前曾经违反作战规则的战俘。因此，一般国际法对作为私人的个人设定了不犯战争罪行的义务，并且，对私人犯这种罪行确立了个人刑事责任。第四公约第3条规定：“违反〔附于本公约的〕该章程规定的交战一方，在需要时，应负

责赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责。”第一句的意思是，交战国一方有义务赔偿国家行为所作的违反章程的行为；第二句指的是私人所作的违反章程的行为。说交战国一方“负责”，是意味着，它有义务赔偿这些行为所引起的损害。

（7）非法的作战行为。一般国际法授权占领敌国领土的交战国惩罚个人作非法的作战行为，也就是私人在战时对敌国武装部队所作的行为。不属于交战一方的武装部队的个人是不许拿起武器来反对敌方的；如果他们这样做，他们就违反了国际法；国际法使其负有不作此种不法行为的义务，并且授权不法行为所针对的交战国惩罚他们，从而使他们就这种不法行为担负个人责任。他们是国际义务和国际责任的直接主体。

（8）间谍行为。关于间谍行为，情形也是这样。按照第四公约所附章程第29条，“只有以秘密或伪装方式在交战一方作战区内并企图将情报递交敌方的人，方能视为间谍。”一般国际法授权间谍行为所针对的国家把行为人当作刑事犯予以惩罚，即使该行为是敌国政府所命令或授权的，也就是说，即使该行为是国家行为。与其他战争罪行不同，各国对于为其利益而作的间谍行为没有预防和惩罚这种性质行为的义务。为自己的利益而雇用间谍的国家并不对间谍行为负责。但是，按照国际法，作这些行为的个人却可以由受害国予以惩罚。在这种情形下，一般国际法只确立了行为人的个人责任。① 多数国际法作者在只有国家才是而个人不是国际

① 参看“奎林等”一案（《年摘，1941—1942年》，第168号案）。这一案件的事实是：1942年6月，在美国对德国宣战后，德国8名武装部队人员在美国海岸的沿岸防御地带登陆。他们带有炸药、引线和燃烧及定时器械，并在登陆后立即将其制服和上述器材埋藏起来，穿着平民服装前往美国各地。所有这些人都受有德国最高统帅的训令，对美国的军事工业、铁路中心、桥梁、发电厂和其他战争设备进行破坏，并由德国政府偿付定期薪金作为报酬。1942年6月27日，他们穿着平民服装，在纽约和芝加哥被联邦调查局逮捕。在这一案件中，美国（接下页注）

法主体这一学说的影响下，主张国际法作为国家之间的法律并不禁止而且不能禁止个人作或不作某一行为。有人认为，虽然国际法授权对某种行为加以惩罚，但国际法并不禁止这些行为，这种主张是前后矛盾的。如果有一项一般国际法规则授权对作国际法所决定的某种行为的个人加以惩罚，那么，国际法是禁止这些行为的，正象国内法既然授权国家惩罚盗窃和杀人犯，也就禁止了盗窃行为和杀人行为一样。

（9）轰击前警告有关当局的义务。第四公约的章程第26条和第九公约第6条关于战时海军轰击的规定是一种特殊情况。这些规定对进行攻击的军队司令官，这就是说，对交战国的一个特殊机关，设定了在开始轰击前警告被攻击地方的当局的义务。第九

(接上页注)

最高法院（1942年）声称："根据普遍的协议和实践，国际法把各交战国的军队与和平居民、合法战斗员与非法战斗员加以区别。合法战斗员得由对方军队加以拿捕并作为战俘加以拘留，非法战斗员也得被拿捕和扣留。但此外他们还得由军事法庭对其使交战地位成为非法的行为加以审判和惩罚。在战时图谋收集军事情报并通报于敌国、秘密地和不穿军服而通过交战一方的军事线的间谍，或者为了破坏生命或财产以进行战争的目的、秘密地和不穿军服而通过军事线的战斗员，是众所周知的一种交战员的例子，一般他们被认为不享有战俘地位，而是违反战争法，得由军事法庭加以审判和惩罚的罪犯。……依据军事当局长时间所作的实际的行政性解释，我国政府也承认，那些在战时秘密地从敌国领土来到我国领土、在入境时脱去他们的军服以便从事那些破坏生命和财产的敌对行为的人，就具有非法战斗员的地位，是可以作为非法战斗员由军事法庭加以惩罚的。这一战争法信条在我们国家和国外曾为实践所承认，而且为国际法权威所普遍认为有效，因而我们认为，它必须被视为我国政府在制定（第15条战争条款）时所承认的一项战争法规则或原则。"法院判称："军事委员会将申诉人拘留待审所依据的罪名已被断定是授权总统下令由军事委员会加以审判的罪行；总统关于召开该委员会的命令是合法的命令，而且该委员会是合法组成的；申诉人是被合法监禁的，而没有将其释放的任何理由。"在最高法院判决后，6名被告被军事法庭判处死刑，1名被判处无期徒刑，1名被判处30年徒刑。

公约第5条对司令官还设定了在轰击中不损害某种建筑物的义务。第四公约所附章程的类似规定是对交战国，而不是对一个特殊机关，设定这种义务的①。在第一种情形下，一项国际法规则确立了一个特定个人的义务；但是，当他依据政府命令或经政府授权不作警告时，这就是说，如果不作警告的行为是可归附于国家的，那么所确立的就不是其个人责任。对以国家行为违反这项义务负责的，是交战国；在这种情形下，交战他方对该交战国可以诉诸构成集体责任的报复。但是，如果指挥官自动地违反其国际义务，他就对其本国担负了个人责任，而如果他是在敌国的权力之下的，他就对该国担负战争罪行的个人责任。

4．对国家行为的个人责任　违反战争行为规则的行为（战争罪行）必须与违反关于禁止战争的规则的行为相区别。后一种行为只能是国家行为所作的，而前一种行为则也可以是私人所作的。一般国际法并未对非法诉诸战争的行为或对作为国家行为而犯的战争罪行确立个人责任。这种责任可以由，而且实际上也曾经由，创造特别国际法的国际协定来确立。

（1）凡尔赛和约第227条。凡尔赛和约第227条——从来未执行的一条——规定：前皇帝威廉二世应由于“侵害国际道德、及条约尊严之滔天罪行”而提交国际刑事法庭审判。所谓“罪行”首先是指违反德国所承担的尊重德国担保比利时和卢森堡中立的义务。第227条还规定：“如果被告被查明为有罪之人，该法庭有权决定该法庭认为应加的惩罚。”这个约定国际法规范是以这样的假定为根据的，即这个规范所决定的一个人曾经从德意志帝国元

① 该章程第27条规定：“在包围和轰击中，应采取一切必要的措施，尽可能保全用于宗教、艺术、科学或慈善事业的建筑物……。”第九公约第5条规定，“在海军进行轰击时，指挥官必须采取一切必要的措施，尽可能保全宗教建筑、文艺、科学或慈善事业的建筑物……。”

首的资格违反了国际道德和国际法；而且这个规范规定了国际法庭应对这个人处以法庭本身所决定的刑罚。凡尔赛条约的规定对违反国际道德规则的行为附以刑事制裁，从而使国际道德规范——用委托的方法，或者就这一特别情形来说，用采纳的方法——成为法律规范。此外，它对违反某些条约的行为附加以个人刑罚。因此，第227条使个人对其以国家机关的资格所作的违反国际法规则的行为担负责任。这样，这个条文的约定规范就对个人设定了违反国际法的刑事责任，而且具有追溯力。因为，凡尔赛条约第227条宣布，违反一些国际法规范的行为是可惩罚的违反行为，而这些国际法规范并未确立任何个人责任。使威廉二世担负责任的违法行为具有国家行为的性质。凡尔赛条约宣布违反国际法规范的行为是可以对个人加以惩罚的行为，所确立的却只是国家的责任，这就意味着，是集体责任而不是个人责任。第227条所提及的国际道德规范，在犯有第227条所规定应加制裁的罪行时，还不是国际法规范。

在威廉二世一案中，个人对国家行为的刑事责任，是经过对其行为确立为个人刑事责任的国家的同意而确立的。德国批准了凡尔赛和约，从而对第227条的规定表示了同意。这种同意是必要的。因为，一般国际法有这样一项规则：任何国家对另一国的行为，非经后者的同意，没有刑事或民事管辖权(即由其刑事或民事法院行使的管辖权)。

(2)1945年的控诉战犯的伦敦协定。另外一个确立个人对违反国际法的国家行为担负刑事责任的条约，是1945年8月8日在伦敦签订的关于控诉欧洲轴心国家战争罪犯的协定。正如其序文中所说的，这个条约是不列颠和北爱尔兰联合王国政府、美利坚合众国政府、法兰西共和国临时政府和苏维埃社会主义共和国联盟政府为了控诉和惩处欧洲轴心国家主要战犯而缔结的。在序文

中，各缔约国——在条约本文中称为“各签字国”——宣称，它们“代表全体联合国家的利益”，但是，如果所有其他联合国家都加入这一条约，这项声明在法律上就将是正确的。这是可能的，因为第5条规定，“联合国家的任何政府都可以通过外交途径通知联合王国政府加入本协定，联合王国政府应该将各国的加入情况通知各签字国和各加入国。”但是，只有一些而不是所有联合国家政府加入了伦敦协定。就1945年8月8日条约的缔约国而言，这一条约与凡尔赛条约之间有一个显著的差别。后一条约是经过德国批准的，也就是说，是经过其机关应由条约所设立的国际法院加以审判并从而对其行为担负责任的国家批准的。所以，凡尔赛条约关于德国皇帝对其以德意志帝国机关的资格所作的违反国际法行为担负刑事责任的规定，是符合一般国际法上任何国家未经另一国同意对另一国行为没有管辖权的规则的。但是，欧洲轴心国家并不是伦敦协定的缔约国，而这一协定却是为了控诉这些国家的机关和臣民而缔结的，是使这些机关和臣民对其本国的不法行为担负个人责任的。

伦敦协定第1条建立了“一个国际军事法庭，以审判那些罪行没有特殊地理位置的战犯，不问他们是以个人身分被起诉，或者是以组织或团体成员的身分被起诉，或者同时以两种身分被起诉。”按照第2条，“国际军事法庭的组织、管辖和任务，规定在本协定所附的宪章中，这宪章是本协定的组成部分。”按照该宪章第2条，国际军事法庭有审判官4人，每一审判官有一助理人。各签字国各指派审判官一人和助理人一人。按照该宪章第14条，每一签字国各指派检查官一人，以侦查主要战犯的罪状，并对其提起诉讼。

宪章第6条规定：“依照本宪章第1条所提及之协定，为审判及处罚欧洲轴心国家主要战犯而设立法庭，应有审判及处罚一切为欧洲轴心国家之利益而以个人或团体成员资格犯有下列任何罪

行之人员的权力。下列各种行为，或其中之任何一种行为，皆属于本法院裁判权内之犯罪，对这些犯罪，犯人应负其个人责任：(一) 违反和平罪：即计划、准备、发动或从事一种侵略战争或一种违反国际条约、协定或保证之战争，或参加为完成上述任何一种战争之共同计划或阴谋。(二)战争罪：即违反战争法规或惯例。此种违反包括谋杀、为奴役或其他目的而放逐领地平民，谋杀或虐待战俘或海上人员、杀害人质、掠夺公私财产、毁灭城镇或乡村或非基于军事上必要之破坏，但不以此为限。(三) 违反人道罪：即战前或战时，对平民施行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他任何非人道行为；或基于政治、种族或宗教的理由，而为执行或有关于本法庭裁判权内之任何犯罪而作出的迫害行为，至其是否违反犯罪地之国内法在所不问。凡参与犯上述任何犯罪之共同计划或阴谋之决定或执行之领导者、组织者、教唆者与共犯者，对于执行此种计划之任何人所实施之一切行为，均应负责。"

在伦敦协定以前，唯一的"违反和平罪"是非法诉诸战争，即违反一般国际法而诉诸战争——倘若"正义战争"原则被假定为实在国际法的一部分——和违反国际协定而诉诸战争，如违反国际联盟盟约、凯洛格—白里安公约、中立条约或两个或两个以上国家承担彼此不攻击义务的所谓互不侵犯条约。第 6 条第 1 款所载的"计划"、"准备"和"发动"战争，以及"参加为完成上述任何一种战争之共同计划或阴谋"，是新的国际不法行为。第 3 款所载的作为"违反人道罪"的大多数行为也是如此。

第 7 条和第 8 条确立了对国家行为的个人责任。第 7 条规定："被告之官职上地位，无论系国家元首或政府各部之负责官吏，均不得为免除责任或减轻刑罚之理由。"第 8 条规定："被告遵照其政府或某一长官之命令而行动之事实，不能使其免除责任，但如法庭认为合乎正义之要求时，得于刑罚之减轻上加以考虑。"第 8

条不仅包括国家行为，也包括不可归附于国家的行为。依据这两条，个人可能由于犯了伦敦协定的宪章中所决定的罪行之一而受惩罚，不论其行为是否具有国家行为的性质，也不论其行为是否为了执行具有或不具有国家行为的性质的命令而作的。从一般国际法的观点来看，依据上级命令而作的行为和行为人自动作的行为之间的区别是没有关系的。只有该行为是或不是一个国家行为的问题，才具有决定性意义。依据上级命令作出的行为可以是或不是国家行为。如果上级命令不是国家行为，依据上级命令作出的行为也不是国家行为。对依据上级命令作出的行为的责任是刑法的特殊问题，而不是国际法的特殊问题。①

---

① 在"兰多维利城堡号"一案中（德国帝国法院，1921 年，《年摘，1923—1924 年》，第 235 号案件），一艘德国潜水艇的两个下级军官被控对第一次世界大战期间为该德国潜水艇所击沉的英国医院船兰多维利城堡号的救生船射击，因而杀害了在救生船上的人。被告辩护说，他们是依据其上级军官的命令而行动的。法院认为，射击救生船以致杀害船上的人的行为，构成刑法法典第 212 条规定的杀人罪，而且"射击救生船是违反国际法的罪行"。法院还认为，在这一案件中，以上级命令作为辩护理由是不能承认的。按照德国军事刑法典第 47 条第 2 段，服从违法命令的下级人员，如果他知道上级命令是违法的，是应受惩罚的。"这是适用于被告的情形的。当然，应该为了军事下级人员的利益而着重指出：他们并不负有查究其上级军官的命令的义务，而且他们可以信赖命令的合法性。但是，如果包括被告在内的任何人都知道这种命令毫无疑问是违法的，那就不能认为可以这样信赖了。这只是在极少例外情形下才发生的。但是，本案件正是这种情形，因为在本案的情形下，被告十分清楚，杀害在救生船上毫无防御能力的人只能是破坏法律的行为。"

关于第二次世界大战，在盟国军事法庭进行战犯审判中，被告所提出的上级命令的抗辩理由比任何其他抗辩理由为多。（参见《战犯审判的法律报告》，联合国战争罪行委员会选编[1949年]，第15卷，第157页以下）。在这些法庭的实践中，标准是："被告的行动所依据的并为国际法视为非法的命令是否被假定或者是否必须被假定为他知道是非法的，或者是否显然非法的（使用法庭在'对最高统帅部的审判'中所用的词语，就是'它在表面上即属非法'），或者是否应为其所认识为非法的。大多数的判决和英国或英联邦法院的军法官的意见的结论是：

（接下页注）

按照伦敦协定的宪章第 27 条，法庭有权“于判决有罪以后，处以死刑或其他本法庭认为公正之刑罚。”

由于伦敦协定确立了对国家行为所作的违反国际法行为的个人刑事责任，而在作这些违反国际法行为时，对这种国家行为都只有集体责任；又由于伦敦协定确立了对一些行为的个人刑事责任，而在作这些行为时，这些行为并不构成对现行国内法或国际法的违反（而只是对道德规则的违反），因而伦敦协定就具有了有追溯力的刑法的性质（“事后”的法律）。

一般国际法并不禁止——象有些国家宪法那样——制定一些有追溯力的法律规则。在这方面，伦敦协定并不与一般国际法相矛盾。但是，认为这项协定在确立其宪章第 6 条第 1 款所决定的违反和平罪的个人刑事责任时，由于已经为凯洛格——白里安公约所确立了这种个人刑事责任，因而并不是有追溯力的，这种看法不论在该公约的措词上或在各缔约国的意思中，都是没有根据的。①

(接上页注）如果命令属于这些类中的一类或几类，那么，被告就不能以上级命令为抗辩理由。”

① 参见《国际军事法庭审判德国主要战犯判决书》，（外交大臣按照陛下的命令向国会提出的《命令文件》6964），伦敦[1946 年]，第 39—40 页，和《国际军事法庭[纽伦堡]判决书，1946 年 10月 1 日》，见《美国国际法杂志》[1947 年]，第 41 卷，第 218 页以下）。“本法庭认为，郑重废弃以战争为国家政策的工具，必然包含战争在国际法上为非法的命题；凡策划并进行这样的战争，因而产生不可避免的和可怕的后果者，在这样做的时候就是犯罪。……但是，有人争辩说，公约并没有明文规定这样的战争就是犯罪，也没有设立法庭来审判发动战争的人。在这方面，海牙公约中的战争法规也是一样的。1907 年海牙公约禁止用某些方法进行战争。这些方法中包括对被俘人员的非人道待遇、有毒武器的使用、停战旗的不适当使用以及其他类似方法。远在该公约签订之前，这些方法中有许多已经被禁止使用；从 1907 年以后，使用这些方法便当然成为犯罪行为，即作为违反战争法规罪而处罚；可是海牙公约并没有指明使用这些方法就是犯罪，也没有规定任何刑罚或在任何地方提到审判和处罚罪犯

（接下页注）

与伦敦协定所确立的原则相类似的原则，也规定在远东国际法庭的宪章中，这个宪章是盟国军队最高统帅依据1945年9月2日签订的日本投降书于1946年1月19日核准的。

4．国际法上权利的主体

1．国家作为权利的主体　一般国际法，作为一种原始的法律，给予一国以权利的方法，是通过授权该国，即授权作为该国的机关的个人，对侵犯国际法所保护的该国某些利益的另一国诉诸战争或报复。说一国享有一项国际权利，是意味着，由国家的法律决定的某一个人或某些个人依据国际法有权使用其作为国家机关的行动，对违法行为负责的国家执行一般国际法所规定的制裁。违法行为是否存在，也是由有关各国来确定的。如果对这一问题不能达成协议，就由每一国家自行决定。这是一般国际法的完全分散化的结果；一般国际法没有设立拥有强制管辖权的法院。只有在有国际法庭的情形下，一国才能有权利，即有法律能力，促使作

(接上页注)

的法院。但是，过去许多年来，军事法庭对于犯有违反这一公约所规定的陆战法规之罪的个人屡加审判和处罚。本法庭认为，进行侵略战争同样是非法的，而且比之违反海牙公约中的一项规则更为重要。”为了支持非法战争是在凯洛格-白里安公约的意义内的国际“罪行”的看法，判决书提到各种国际文件，如1924年关于和平解决国际争端的日内瓦议定书等等，这些文件的确包含有这种说法。但是，这些说法并未确立一国政府的成员由于诉诸非法战争而负担的个别刑事责任。这种责任只能由一个规定惩罚有关个人的法律规范来确立。国际军事法庭的判决书所提到的军事法庭的管辖权是与伦敦协定所赋予国际军事法庭的管辖权完全不同的。在纽伦堡审判以前，各军事法庭在惩罚战犯时所适用的是实在的国内刑法，也就是适用业已把海牙公约的规则——调整战争行为的规则——转化为作为本国刑法的国家法律。在伦敦协定以前，任何国家都没有把禁止诉诸战争的国际法规则——与作战规则不同——转化为国内刑法；而且任何军事法庭都没有对诉诸国际非法战争的个人加以审判和惩罚。

出司法判决，来确定违法行为。国际法庭只能是一些愿意将其争端提交法庭的国家所缔结的一项条约所设立的。

国内法庭客观地确定违反法律义务的行为是否存在，并且命令特殊机关去执行制裁。在没有一个国际上有组织的行政权力的情形下，国际法庭必须将自己限于确定违反国际义务的行为并命令对非法造成的损害作出赔补。与国内法的情形不同，国际法庭没有权力来强制执行其判决，这就是说，没有权力命令特殊机关对拒绝遵从法庭判决的国家执行制裁。依据一般国际法，司法判决的强制执行，就是说，制裁是交给其法律利益因不执行国际法庭判决而受损害的国家执行的。在这种情形下，说一国对另一国有一项国际权利，就意味着，某一个人或某些个人以其作为国家机关的资格有法律能力将争端案件提交国际法庭，而且，如果另一国不遵从法庭的判决，该国，即作为该国机关的某些个人，被授权对该另一国执行国际法所规定的制裁。

2.个人作为国际权利的主体　个人，并非作为国家机关，而是作为私人，能不能在对国家或其他私人的关系上享有国际权利呢?国际法，特别是一项条约，是通过授权私人在国内或国际法庭上对一国提起诉讼而给予个人以权利的，在这种情形下，法庭可以确定国家(被告)违反法律的行为，即侵犯私人(原告)的权利的行为，并命令赔补。如果国家依据条约有遵从法庭判决的义务，那么，不遵从就可以被认为违反条约的行为，从而具有这种不法行为依据一般国际法所应有的后果：其他缔约国对不法行为国采取强制行动。

(1)关于国际捕获法院的公约。关于条约授权私人诉诸国际法庭因而给予私人以权利的一个例子，是从未生效的关于设立国际捕获法院的海牙公约(第十二公约)——该公约从未得到批准。按照该公约第4条，不仅其财产或其国民的财产受国内捕获法院

判决的有害影响的各中立国，可以上诉到国际捕获法院，而且受各国内捕获法院判决的损害的私人也可以上诉到国际捕获法院。按照第 8 条，国际捕获法院可以宣告船舶的拿捕为无效。在这种情形下，“法院应下令发还船只和货物，必要时并规定补偿损失的金额。如船只和货物已出售或毁坏，则法院应规定给予业主的赔偿金额。”关于国际捕获法院判决的执行，公约只在第 9 条中规定：“各缔约国保证善意遵从国际捕获法院的判决并迅速予以执行。”

（2）凡尔赛条约第 297 条和第 304 条。另一个例子见于凡尔赛条约第 297 条。各协约及参战国的国民——个人——可以在依据条约第 304 条设立的混合仲裁法庭上对德国提起诉讼。这些私人被授权主张其有权取得德国适用非常战时措施而使其受到损害的赔偿。凡尔赛条约第 304 条乙款的规定是特别有意思的。按照该款的规定，仲裁法庭有权解决各协约及参战国的公民和德国国民之间在凡尔赛条约以前订立的合同所产生的争议。这是私人之间的诉讼问题；对于这些私人而言，排除了德国法院的职权，而代之以一个国际法庭。这种情形表明，一项国际协定给予私人以国际法庭当事人的资格，从而给予私人以国际法主体的资格。即使仲裁法庭是遵照当事人一方的国内法来解决争端的，情形也是这样。依照第 304 条（庚）款的规定，仲裁法庭的判决应由私人所属的国家对私人予以执行。①

---

① 在“查理斯·锡格瓦德诉德国”一案中（《年摘，1925—1926 年》，第 255 号案件），法德混合仲裁法庭（1926年）认为，第 297 条（戊）款所给予的权利是属于各协约国的臣民的个人权利，这种权利可以不经过法国政府而直接提出以对抗德国；而且，由于凡尔赛条约是在 1919 年 11 月 15 日协定之后生效的；要取消个人依据第 297 条（戊）款所取得的任何权利，就必须对该款有明文的例外规定。

在“平民战争求偿者有限协会诉国王”一案中（《年摘，1931--1932 年》，第118号案件），发生了这样的问题：对德国设定“赔偿各协约及参战国普通人民

（接下页注）

（3）关于上西里西亚的德波专约。在国际法上个人权利的另一个例子是1922年5月15日在日内瓦签订的关于上西里西亚的德波专约。该专约第5条授权私人对侵犯该专约所保护的这些个人的某种利益的国家，向一个国际法院提出诉讼。既然在这种情形下有关当事人是私人，专约就给予了他们以甚至对其本国上诉到一个国际法院的权力，从而也就使权利属于作为私人的个人。①

（接上页注）

及其财产……的一切损害”的义务的凡尔赛和约第232条的规定，是否确立了各有关私人的权利。阿特金勋爵在英国上议院中（1931年）说：“……当国王同另一主权者谈判一项条约时，国王作为主权国家的国民的代理人而作行为，是不符合于国王的主权地位的，除非国王决定明确宣告国王是作为代理人而作行为的。就我所知，如果国王有意识地决定作为代理人或受托人而作行为，没有什么东西可妨碍国王这样做。在本案件的情况下，我认为，没有什么东西足以表明国王明确取得代理人或受托人的地位，而且我想，该情况否定了国王有意于取得那种地位的看法，也否定了法律可能对国王加以代理人或受托人的地位的任何情况。”在这一陈述中，关于一项条约是否确立私人权利的问题是从这样一种学说的观点来处理的，即：政府所缔结的一项条约是一个法律相互行为，因而，只有政府在缔结条约时是作为私人的代理人而作行为的，私人才能取得条约规定的权利。但是，条约不仅是在客观法律的基础上确立主观权利和义务的法律相互行为，而且也是创造客观法律的一种程序。因此，为了确立私人的权利，政府在缔结条约时并不需要作为这些私人的代理人而作行为。政府在缔结条约时可以被认为是以其创造客观法律的权威的资格而作行为的。这样，唯一的问题是：私人权利是否由客观法律确立的。根据凡尔赛条约第232条，对这一问题可以作否定的回答。

① 在“斯坦纳和格罗斯诉波兰国家”一案中（《年摘，1927—1928年》，第188号案件），一个波兰公民和一个捷克斯洛伐克公民根据1922年5月15日德波专约在上西里西亚仲裁法庭上对波兰国家提起诉讼。波兰政府辩称：该专约并未给予波兰国民对波兰国家提起诉讼的权利；国际法的一般原则是，个人不得诉诸一个国际权威以对抗其本国；对该专约进行解释，也应当适用这项原则；任何相反的解释将使这种权利所针对的国家处于比在领事裁判权制度下的国家更加恶劣的地位；所以，法庭是没有管辖权的。法庭（1928年）判称，波兰的论点应予否定，法庭是有管辖权的，而不问求偿人的国籍。而且，专约的措词既

（接下页注）

（4）联合国宪章上的人权。如果一项国际协定要给予个人以"权利"，这项协定就必须对协定各缔约国设定义务，使其承认在国家侵犯权利时个人可以出庭控诉的法庭管辖权，并使其遵从法庭的判决。法庭可能是国内法庭或是国际法庭；[①] 但是，如果国家是受国际法庭支配的，权利就能得到更有效的保障。如果国家不受一个法庭的管辖权的支配，个人对该国就没有什么"权利"可言。联合国宪章在第1条第3项、第13条第1项（乙）、第55条（丙）和第62条中宣布了尊重基本人权的原则。但是，很难把这些规定解释

（接上页注）

然是清楚的，就不必要对其加以其文字上所未有的限制。不加任何这样的限制，还有另一个理由，即：该专约这部分的指导原则是尊重私人权利和维护上西里西亚的经济统一性的，而以求偿人国籍为唯一理由而排斥任何种类的求偿，是不符合上述那些理由中的任何一个理由的。

① 1920年11月9日波兰和但泽自由市之间缔结的关于但泽领土内铁路的专约，就是一项给予个人以在国内法院中提起诉讼的权利的条约。在"门节诉波兰铁路管理局"一案中（《年摘，1925—1926年》，第258号案件），但泽高级法院（1925年）特别认为：为了实现一项条约的显明目的和缔约各方的默示意思，法院对于一项规定个人的私人权利的条约规定将作这样的解释，以便承认直接以条约为根据的并由私人不经其本国政府干预而提出的权利主张。

这类条约中另一项条约是所谓"公务协定"，即1921年10月22日但泽和波兰所缔结的规定关于但泽铁路官员、雇员和工人的雇用问题的专约。国际法院（1928年）在一个咨询意见中（《国际常设法院出版物，乙集》第15号）声称："可以毫不犹豫地承认，按照国际法的一项十分确定的原则，'公务协定'既然是一个国际协定，就不能作为国际协定而对私人创设直接的权利和义务。但是，无可争辩的是，按照缔约各方的意思，国际协定的目的可以是使缔约各方采用某些创设个人权利和义务的明确规则，由国内法院强制执行。在本案中有这种意思的存在，这是可以从'公务协定'的规定中予以确定的。各种规定采用'协定'的形式这一事实，是对该文件的性质和法律效果的可靠证据，但不是最终的证据。关键的是：从协定内容来确定的缔约各方的意思，同时考虑到协定曾经被适用的方式。这一解释原则应由本法庭在本案中予以适用。——'公务协定'的文字和总的精神表明，其规定是直接适用于官员和政府之间的。"

为构成各会员国按照这个原则对待其臣民的法律义务。[①] 1948年12月10日联合国大会通过的"世界人权宣言"也不具有对联合国各会员国有拘束力的国际协定的性质。大会所通过的关于该宣言的决议只有建议的性质。序文声称："大会爰于此颁布世界人权宣言，作为所有人民所有国家共同努力之标的，务望个人及社会团体永以本宣言铭诸座右，力求借训导与教育激励人权与自由之尊重，并借国家与国际之渐进措施获得其普遍有效之承认与遵行；会员国本身人民及所辖领土人民均各永享咸遵。"宣言第8条声称："人人于其宪法或法律所赋予之基本权利被侵害时，有权享受国家管辖法庭之有效救济。"宣言没有建议设立国际法庭[②]。

---

① 但是，在"杜鲁蒙·瓦伦"一案中（《年摘，1943—1945年》，第50号案件），加拿大安大略高级法院（1945年）认为，附加于某些土地的一项限制性约定——其中规定："土地不得售于犹太人或不良国籍的人"——是无效的和不生效力的。法院在其判决的理由中除其他理由外提到了联合国宪章："一项公认的规则是，法院可以考虑各种自治领和省的法律和公法，以帮助其决定关于公共政策的原则。…首先而且有深刻意义的是最近的旧金山宪章，加拿大是宪章的签字国，而且自治领议会现已加以批准。"在这里，法院引证了序文和第1条和第55条。

在"赛·福季诉加利福尼亚州"一案中（《高级加利福尼亚上诉报告》，1950年5月5日，第154页），州上诉区法院于1950年4月24日判称：(1)联合国宪章（《法令》第59卷，第1035页以下；《美国法典国会公文》，第79届国会，1945年，第964页）已按照美国宪法第6条第2款成为国家的最高法律；(2)1920年的外国人财产创始法（《法令》，1921年，第83页；《底尔林一般法律》，第261号法案），把未取得公民籍资格的外国人的财产所有权和使用权限于其根据制定该法时美国和该外国人作为臣民或公民的国家之间的现行条约而可能享有的这种权利，是与联合国宪章的规定和宗旨直接冲突的，是不符合联合国大会（1948年12月10日）所制定的"世界人权宣言"第17条规定的，因而是无效的。

② 宣言规定的权利是：

"第1条，人皆生而自由；在尊严及权利上均各平等。人各赋有理性良心，诚应和睦相处，情同手足。（接下页注）

个人的权利不仅可以由一个条约加以而且可以由一个条约予以废除。既然国家依据一般国际法对其国民有造法的权力，它就

(接上页注)"第2条，人人皆得享受本宣言所载之一切权利与自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或他种主张、国籍或门第、财产、出生或他种身分、且不得因一人所隶国家或地区之政治、行政或国际地位之不同而有所区别，无论该地区系独立、托管、非自治领土或受有其他主权上之限制。

"第3条，人人有权享有生命、自由与人身安全。

"第4条，任何人不容使为奴役；奴隶制度及奴隶贩卖，不论出于何种方式，悉应予以禁止。

"第5条，任何人不容加以酷刑或施以残忍不人道或侮慢之待遇或处罚。

"第6条，人人于任何所在有被承认为法律上主体之权利。

"第7条，人人在法律上悉属平等，且应一体享受法律之平等保护。人人有权享受平等保护，以防止违反本宣言之任何歧视及煽动这种歧视之任何行为。

"第8条，人人于其宪法或法律所赋予之基本权利被侵害时，有权享受国家管辖法庭之有效救济。

"第9条，任何人不容加以无理逮捕、拘禁或放逐。

"第10条，人人于其权利与义务受判定时及被刑事控告时，有权享受独立无私法庭之绝对平等、不偏袒公开之听审。

"第11条，(1)凡受刑事控告者，在未经依法公开审判证实有罪前，应视为无罪，审判时并须予以答辩上所需之一切保障。(2)任何人在刑事上之行为或不作为于其发生时依国家或国际法都不构成罪行者，应不为罪。刑罚不得重于犯罪时法律之规定。

"第12条，任何人之私生活、家庭、住所或通信不容无理侵犯，其荣誉及信用亦不容侵犯。人人为防此种侵犯或侵害有权受法律保护。

"第13条，(1)人人在一国境内有自由迁徙和择居之权。(2)人人有权离去任何国家，连其本国在内，并有权归返其本国。

"第14条，(1)人人为避迫害，有权在他国寻求并享受庇身之所。(2)控诉之确源于非政治性之犯罪行或源于违反联合国宗旨与原则的行为者，不得享受此种权利。

"第15条，(1)人人有权享有国籍。(2)任何人之国籍不容无理竟被夺，其改变国籍之权利，不容否认。

"第16条，(1)成年男女，不受种族、国籍或宗教之任何限制，有权(接下页注)

可以在与另一国缔结的一项条约中处分其国民的权利，特别是其财产权。例如，德国政府在凡尔赛和约中（第8部，附件三），“用本

（接上页注）婚嫁及成立家庭。男女在婚姻方面，在结婚期间及在解除婚约时，具有平等权利。(2)婚约之缔订仅能以男女双方之自由完全承诺为之。(3)家庭为社会之当然基本团体单元，并应受社会及国家之保护。

“第17条，(1)人人有权单独占有或与他人合有财产。(2)任何人之财产不容无理剥夺。

“第18条，人人有思想、良心与宗教自由之权；此项权利包括其改变宗教或信仰之自由，及单独或集体、公开或私自以教义、躬行、礼拜及戒律表示其宗教或信仰之自由。

“第19条，人人有主张及发表自由之权；此项权利包括保持有主张而不受干涉之自由，及经由任何方法不分国界以寻求、接受并传播消息意见之自由。

“第20条，(1)人人有和平集会结社自由之权。(2)任何人不容强使隶属于某一团体。

“第21条，(1)人人有权直接或以自有选举之代表参加其本国政府。(2)人人有以平等机会参加其本国公务之权。(3)人民意志应为政府权力之基础；人民意志应以定期且真实之选举表现之，其选举权必须普及而平等，并当以不记名投票或相当之自由投票程序为之。

“第22条，人既为社会之一员，自有权享受社会保障，并有权享受个人尊严及人格自由发展所必需之经济、社会及文化各种权利之实现；此种实现之促成端赖国家与国际合作并当依各国之机构与资源力量为之。

“第23条，(1)人人有权工作，自由选择职业，享受公正优裕之工作条件及失业之保护。(2)人人不容任何区别，有同工同酬之权利。(3)人人工作时，有权享受公正优裕之报酬，务使其本人及其家属之生活足以维持人类尊严，必要时且应有他种社会保护办法，以资补益。(4)人人为维护其权益，有组织及参加工会之权。

“第24条，人人有休息及闲暇之权，包括工作时间受合理限制及定期有给休假之权。

“第25条，(1)人人有权享受其本人及其家属康乐所需之生活程度，举凡衣、食、住、医药及必要之社会服务均包括在内，且于失业、患病、残废、寡居、衰老或因不可抗力之事故致有他种丧失生活能力之情形时，有权享受保障。(2)母亲及儿童应受特别照顾及协助。所有儿童，无论婚生或非婚生，均应享受同等社会保护。（接下页注）

身名义并使各关系人将所有属于德国的总吨数在1600吨和1600吨以上的商船，全部让与协约及参战各国政府”。① 在1947年2月10日签订的对意大利和约中(第76条)，意大利“以其政府和国民

(接上页注)“第26条，(1)人人皆有受教育之权。教育应属免费，至少初级及基本教育应然。初级教育应属强迫性质。技术与职业教育应广为设立。高等教育应予人人平等机会，以成绩为准。(2)教育之目标在于充分发展人格，加强对人权及基本自由之尊重。教育应谋促进各国、各种族或各宗教集团之谅解、容恕及友好关系，并应促进联合国维系和平之各种工作。(3)父母对其子女所应受之教育，有优先抉择之权。

“第27条，(1)人人有权自由参加社会之文化生活，欣赏艺术，并共同襄享科学进步及其利益。(2)人人对其任何科学、文学或美术作品所获得之精神与物质利益，有享受保护之权。

“第28条，人人有权享受本宣言所载权利与自由可得到完全实现之社会及国际程序。

“第29条，(1)人人对于社会负有义务：个人人格之自由充分发展厥为社会是赖。(2)人人于行使其权利及自由时仅应受法律所定之限制，且此种限制之唯一目的应在确认及尊重他人之权利与自由并谋符合民主社会中道德、公共秩序及一般福利所需之公允条件。(3)此等权利及自由之行使，无论在任何情形下，均不得违反联合国之宗旨和原则。

“第30条，本宣言所载，不得解释为任何国家、团体或个人有权以任何活动或任何行为破坏本宣言内之任何权利与自由。”

比利时、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、挪威、萨尔、土耳其和英国的代表们于1950年11月4日在罗马签订了一项保护人权和基本自由公约。按照第19条，应设立一个欧洲人权法院。但是，该公约保障的权利或自由受到侵犯的人不能向法院提起诉讼。按照第48条，该法院仅公开于该公约的各缔约国和欧洲人权委员会，而按照第21条，欧洲人权委员会成员是由一个部长委员会选出的。(参见《美国国际法学报》，第45卷，1951年4月，附件，第24页以下。)

① 在“布朗德号”一案中《1922年法律报告》，上诉案件第一号，第313、335 337各页)英国枢密院指出：“毫无疑问，德国有权代表那些在条约施行范围内属于德国臣民的国民作出让予，这种让予对他们有拘束力而且有转移其财产权的效果，正象有关所有人本人让予一样。”

的名义，放弃对同盟和参与国，因直接由于战争，或因……战争状态的存在所采取的行动而产生任何款式的要求……”

5. 所谓国家的基本权利

按照18、19世纪流行而甚至在今天还为某些作者所主张的一种见解，每一个国家——以其作为国际大家庭成员的资格——都有一些基本权利。这些权利不象国家的其他权利和义务那样为一般习惯国际法或国际协定所规定，而是来自国家的性质或国际共同体的性质的。构成国家这些基本权利的规范被假定是实在国际法的最后根据和渊源，因而较之习惯和条约所创造的实在国际法规则具有更大的拘束力。

1. 自然法学说作为“国家的基本权利”的根据 从国家或国际共同体的性质中引伸出来的国家基本权利的见解是自然法学说在国家间关系上的适用。按照自然法学说，个人拥有——独立于任何实在法律秩序的——一些权利，这些权利一般可以从自然（特别从上帝所创造的自然）直接引伸出来；因而这些权利似乎是上帝的意志所规定的。引伸出来这些权利的自然被认为主要是人自己的本性，特别是人的理性；因而，人们说到天生的或固有的权利，以别于实在法律秩序所给于人的权利。有时，人和其他人的关系的性质，即社会的性质，被认为是人的这些基本权利的真正渊源。按照自然法学说的大多数信崇者的意见，这些权利是：自由、平等、财产、自保。

对自然法学说的无偏见的分析表明，要从“自然”中引伸任何权利，是不可能的。因为，一个人的权利是以另一个人的义务为前提的，而自然，即因果法则所决定的事实的集合体，并不对人或其他动物设定义务，因而也不给予权利。认识自然就是认识在因果关系中的事实。从某一“是”的东西——而且，按照因果原则，必

然是或者大概将是——的说法，是永远不会推论出来某一“应当是”的东西，即某人有按照某种方式作行为的义务或权利的。从“是”的领域通过逻辑结论而进入“应当”的领域，是不可能的。义务和权利的前提是一个规范性秩序的存在，即一个指令或允许人们作某种行为的规范体系的存在，而这种规范性秩序只能是人的行为所确立的。只有人才能创造规范，才能创造使人们承担义务和对人们授予权力的规则。既然人的行动被假定是一种称为“意志”的精神现象所促成的，那么，规范就被认为是意志的行为所创造的。创造规范的人的意志可以表现于有意识的、以创造规范为目的行为，即表现于命令、立法行为等等；或表现于习惯，即附有人们应当这样行动的信念的习常或惯常行动。自然并没有“意志”。自然有意志的概念——这种概念包含在自然作为立法权威的概念之中——即自然设定义务和给予权利的概念，勿宁是一种万物有灵论的神话，而不是对事实的科学解释。然而，超人意志的行为却超出了人文科学的范围，特别是超出了法律科学的范围。

权利总是由人的行为所确立的规范性秩序加以规定的，也就是说，是由实在道德体系或由实在法律加以规定的。如果主张有“自然”权利，那么，我们就要区别两种不同的可能性：第一，这些权利真正是一个实在秩序所规定的；这样，认为这些权利是“自然”权利或“基本”权利的说法，即认为这些权利是从自然引伸出来的说法，其本身在科学上是不正确的和毫无意义的，而只具有为这些权利的规定作辩护的政治作用；其次，这些被表述为“自然”或“基本的”的权利不是实在秩序所规定的；这样，这种说法就具有一种指导立法者去规定这些权利的公设的性质；而这种公设可以——在法律领域内——通过宪法改革或革命而得到实现。

2. *基本权利作为国际法所假定的一些原则* 实在的义务和权利和单纯的意识形态或政治主张之间的明显区别，对于法律的科

学说明，是十分重要的。当一个作者试图用下述一种论点来支持国家的基本权利的学说时，那只是陈旧的自然法学说的另一套说法而已；这种论点就是：在任何法律秩序中，都有必要把这个秩序所规定的权利同这个法律秩序所假定的一些法律原则区别开来。所谓国家的基本权利是一些法律原则，这些原则是国际法所以成为可能的条件，即实在国际法赖以建立起来的一些法律原则。我们能够从分析国际法的性质中找到这些原则，换句话说，国家的基本权利是可以从国际法的性质中引伸出来的。这是上面提到的说法所表示的同样思想，上面提到的说法就是：国家的基本权利是实在国际法的最终根据或渊源，因而具有较之实在国际法规则更大的拘束力。

自然法学说的这种说法，象该学说的经典说法一样，在逻辑上是不可能的。法律原则永远不能是一个法律秩序所预先假定的，它们只能是按照这个秩序而创造出来的。因为，它们之所以是“法律的”，只是因为它们是在一个实在的法律秩序的基础上确立的。唯一的、可以而且必须预先假定的原则是决定该法律秩序的第一个宪法的基本原则——“宪法”是指决定创造法律的方法的规则。这些方法是：习惯、立法、条约。实体法的创造肯定不是凭空创造出来的。立法以及习惯都是由某些一般原则来指导的。但是，这些原则是道德或政治原则，而不是法律原则，因而，只要这些原则未经立法、习惯或条约加以规定，它们就不能对人们或各国设定法律义务或给予法律权利。作为法律原则，它们不是对其加以规定的法律秩序的渊源或根据；相反，实在的法律秩序才是它们的根据或渊源。所以，除非实在的法律秩序本身使它们较难废除或修改，从而给予它们以更大的拘束力，否则它们就并不具有比实在法律秩序所规定的其他规范更大的拘束力。如果法律秩序——如一般国际法——具有习惯法的性质，如果这个秩序的规则是由于习惯

而取得和丧失其效力的，那么，上述情况就是不可能的。

3.从国家的人格引伸出来的基本权利　所谓国家的基本权利，只有在其为具有习惯法的性质的一般国际法所规定的情形下，才是国家的权利。这是从法律实在主义的观点所能成立的唯一的学说。但是，甚至在原则上接受这一见解的作者们也回到自然法学说，试图从国家作为国际人格的性质去引伸出国家的基本权利。但是，“国家的国际人格”只意味着，一般国际法对于各国（也就意味着对于作为国家机关的个人）设定义务和给予权利。国家之所以为国际人格，是因为国家是国际义务和权利的主体。这种说法并没有说到这些义务和权利的内容。法律人格的概念是一种彻头彻尾的形式概念。因此不可能从国家是国际人格这一事实去引伸出国家的一些特定权利，如法律平等权、尊重（或尊严）权、独立权（或主权）、生存（或自保）权、不受他国干涉的权利、管辖权。这些权利便是通常被提出作为国家的“基本”权利的。

认为这些权利来自国家的国际人格，这是以这样一个假定为前提的，即：国家在其加入国际共同体前就作为一个人格而存在着，即作为权利的主体而存在着，而且它是自愿加入国际共同体的，并且只是在其保留这些权利，特别是平等权和独立权（主权）的条件下才加入的。既然加入国际共同体包含有服从国际法的意思，而这又包含有国家的自然自由即主权受某种限制的意思，那么，国家就被认为只在其他国家接受其主权受同样限制的条件下才加入国际共同体，这就是说，才同意其主权受这种限制。这种见解的一个主要因素是这样一种思想：国际共同体，或构成这一共同体的法律秩序，即一般国际法，是以国家的共同同意为根据的，或者说，是以这个共同体的成员达成的一个契约为根据的。在国际法作者中广为流传的这种学说，同关于国家根据的自然法学说具有相同的性质，或者说，同关于国内法秩序的效力理由的自然法学说具有相

同的性质。按照这种学说，人们在其自然状态中是自由平等的。国家，即国内法律秩序，是由于这样的事实而产生的，即自由平等的个人同意订立一个对其相互行为加以调整的社会秩序的一项协议。每一个人在别人同样限制其自由的条件下，自愿为了所有其他个人的利益而限制其自己的自由。这就是所谓社会契约。但是，这种事情从来没有发生过。社会秩序并不是那些受社会秩序拘束的个人订立契约的结果；它是武力和习惯的结果。而且，个人之所以受社会秩序的拘束，并不是因为他给予社会秩序以同意。即使没有其意志，甚至违反其意志，他也是受拘束的。他生于一个共同体之中，而且从其出生之时起，就受构成这一共同体的社会秩序的支配。因此，社会契约说是一种虚构，其目的不是说明国家的起源，或者说，不是说明国内法律秩序的存在，而是为这一事实辩解，即是为个人受一个对其设定义务和给予权利的法律秩序的拘束这一事实作辩解的。这种辩解假定平等和自由是最高价值。如果人们按照其本性是平等自由的，他们就只能受以其同意为根据的社会秩序的拘束，这就是说，只能受那些受社会秩序拘束的人们自愿订立的契约所确立的社会秩序的拘束。

4．各国的共同同意作为国际法的根据　但是，实际上，人们按其本性既不是自由的，也不是平等的；而且，即使他们按其本性是自由平等的，他们依据法律乃是必须按照某种方式作行为而不需要其同意。

以各国自愿加入国际共同体的共同同意为这个共同体或构成这个共同体的国际法的根据的学说，是基于同样虚构的。即使没有国家的意志，甚至违反其意志，国家也是受一般国际法的拘束的。例如，一个新国家一旦产生，就具有一般国际法所规定的一切权利和一切义务，而不需要这个国家作任何承认一般国际法的行为。可以认为，当一个新成立的共同体被其他国家承认为国家时，国际法

就对其适用。这种承认意味着确定该共同体符合了国际法意义上的国家的要求。但是，在这些要求中，并没有新国家服从于现行国际法的条件。正如个人并不是自愿服从国家的法律，而国家的法律即使没有其意志，而且甚至违反其意志，也对其有拘束力的一样，国家也不是自愿服从国际法的，而不论国家承认国际法或者没有承认国际法，国际法对其总是有拘束力的。任何国家都不能退出国际共同体，或者说，都不能退出构成这个共同体的国际法；而且，只要它还不是这个共同体的成员，就是说，只要国际法对它还不适用，它就不是一个"国家"，在法律上也是不存在的。当所谓国家的基本权利被说明为来自国际共同体的性质或来自国家的性质或人格时，说实在的，它们是被假定为由一种自然国际法所确立的，这种国际法在国内共同体加入国际共同体以前就给予该国内共同体以这些权利，而在那时，该国内共同体是生存于一种"自然状态"中的，就象个人——按照自然法学说——在其加入国内共同体（即国家）以前生存于自然状态中一样。在国内法理论中，这种虚构早已被放弃；在国际法理论中，它却仍然——有意识地或无意识地——被保留下来，特别是关于基本权利之中最重要的权利，即平等的权利和主权的权利。

5. *平等和主权作为国家的基本权利*　但是，平等和主权并不是国家在其进入国际共同体时所拥有的权利。只在一般国际法对所有国家设定了同样的义务并给予同样的权利的情形下，国家在法律上才是平等的。但是，情形显然不是这样。依据一般国际法，沿海国家具有内陆国家所没有的义务和权利，正如依据国内法，男人具有妇女所有的以外的其他义务和权利一样。各国在法律上不平等是与对国家间关系的法律调整不相抵触的。事实上，有些条约把一些特权给予某些缔约国而不给予其他缔约国，而后者并不因为这种待遇而丧失其作为国家的资格。联合国宪章给予五大国以

所谓否决权的特权，而这并不违反一般国际法所据称已经确立的平等原则。而且，尽管在宪章中各国在法律上不是平等的，宪章第2条第1项却宣布："本组织系基于各会员国主权平等之原则。"这种平等显然不是在法律上平等，而是在法律面前的平等，而在法律面前的平等就是法学所赋予个人以及各国的平等权利，尽管人们以及各国在实际上并不是平等的。但是，有一些差别是法律所承认为有关系的，而有一些差别则是法律所不承认为有关系的。在法律面前平等意味着：适用法律机关在适用法律时必须不作法律所不承认的差别，而法律应按照法律所意图适用那样加以适用。在法律面前平等意味着，按照法律即合法性，适用法律。它是指导适用法律的机关的一个公设，而不是各主体的一项"权利"。有时，实在国际法的某些原则，如一致通过原则(以别于多数通过原则)，特别是条约只对各缔约国有拘束力的原则，或任何国家对他国均无管辖权的原则，都被说明为"平等权"的结果。只要这些原则在流行，就可以假定各国是在法律上平等的。但是，在下面将要看到，这些原则的效力是有一些重要的限制的。

如果采取主权这一术语的原来意义，即最高权威的意义，国家就没有主权这一基本权利，而且是不可能有的。作为国际权利的主体，国家是受国际法的支配的，即使国际法被认为是国内法的一部分。因此，国家作为权利的主体并不是"主权的"，正如个人在国内法上并不是"主权"的一样。国际法的权威，或者说，国际共同体的权威，是在国家之上的，正如国内共同体即国家的权威是在个人之上的一样。如果认为所谓国家主权与国际法并不矛盾，这只能意味着，正如上面所指出的，国际法意义上的国家在法律上只受国际法——一般习惯国际法或特别的约定国际法——的支配，而不受另一国国内法的支配。如果所谓"主权"是指，一个共同体要成为一个国家，就必须只从属于国际法，而不从属于另一国的国内

法，那么，主权可以被认为是国家的一个主要特质。既然作为国内共同体的国家是国内法律秩序所构成的，因而更正确的是用下述的说法来表述有关原则，即一个强迫性秩序如果只从属于国际法，就构成国际法意义上的国家。

把这样一项原则，即如果一个共同体只受国际法的支配，它就是一个国家，或者说，它就是国际法意义上"主权的"，说成是一项主权"权利"，是不正确的。这个意义上的主权并不是国家的权利，因为它是一个共同体成为一个国家并享有国际法上国家的权利所依据的一个条件。关于主权是国家的一项"权利"的见解，可能被滥用——实际上是在被滥用——以阻碍成立某些被认为不符合于这项"权利"的国际机构，例如，由条约成立一个对人权事项有管辖权或对各缔约国之间所发生的一切纠纷有强制管辖权的国际法庭。一国可以拒绝缔结这种条约，但它不能用其主权的"权利"来为其态度作辩解。人们曾经从主权权利推论出一国有以单方行为退出一个国际共同体的法律权力，尽管构成这一共同体的条约并未给予各成员以这种权利。但是，这种权力是不能从所谓主权的"权利"中推论出来的。

国际法对各国设定了尊重其他国家的某些利益的义务。对一国受国际法保护的某些利益的侵犯，特别是对其领土完整的侵犯，通常被表述为对其主权的权利的侵犯。但是，一国对另一国受法律保护的利益范围的这种干涉和任何其他非法干涉之间是没有什么本质上的区别的；这些国际不法行为是可以不用"主权"这一令人误解的术语加以描述的。

6.*其他基本权利*　关于其他所谓基本权利——如生存权、受尊重权、不受他国干涉权、管辖权——的存在和范围问题，是不能用下述虚构的假定来回答的，即国家在加入国际共同体时保留这些权利；这个问题只能从实在国际法的分析中得到回答。①

6. 不具有国家性质的共同体作为国际法主体

不仅国家和个人，而且不具有国家性质的共同体，也是国际法主体。这些共同体可能是个人组成的共同体或是国家组成的共同体。

1. 个人组成的共同体　(1)教会。以教皇为代表的罗马天主

---

① 联合国大会(1947年11月21日的第123次会议)所设立的国际法委员会曾经拟出一个国家权利义务宣言草案，供大会采用。该宣言包括下述规定：

"第1条，各国有独立权，因而有权而自由行使一切合法权力，包括其政体之选择不接受其他任何国家之命令。

"第2条，各国对其领土以及境内之一切人与物除国际法公认豁免外，行使管辖之权。

"第3条，各国对任何他国之内政外交，有不干涉之义务。

"第4条，各国有不在他国境内鼓动内乱，并防止本国境内有组织鼓动此项内乱活动之责任。

"第5条，各国有与他国在法律上平等之权利。

"第6条，各国对其管辖下之所有人民，有不分种族、性别、语言或宗教，尊重其人权及基本自由之义务。

"第7条，各国有保证其领土内之情况不威胁国际和平与秩序之义务。

"第8条，各国有以和平方法解决其与他国之争端，避免危及国际和平安全及正义之义务。

"第9条，各国有责不得借战争为施行国家政策工具，并不得使用威胁或武力，或以任何其他方法与国际法律秩序抵触之，侵害他国之领土完整或政治独立。

"第10条，对于任何正在采取违反第9条之行动之国家，或联合国正对其采取防止或强制措施之国家，各国有不予协助之义务。

"第11条，各国对于他国违反第9条之行动而获得之任何领土，有不予承认之义务。

"第12条，各国受武力攻击时，有行使单独或集体自卫之权利。

"第13条，各国有秉信诚履行由条约与国际法其他渊源而产生之义务，并不得借口其宪法或法律之规定而不履行此种义务。

"第14条，各国有责遵照国际法及国际法高于各国主权之原则，处理其与他国之关系。"

教会，所谓教廷，是个人组成的共同体；它虽不具有国家的性质，却是国际法主体。一般都承认，教皇作为教会的首脑可以与各国缔结某种条约，特别是为了调整宗教事宜的目的而缔结条约。后一种条约，被称为教约，具有法律性质，因为它们对缔约各方设定义务和给予权利。这些条约所确立的义务和权利是国际义务和权利，而违反这些条约就是国际不法行为。教会与各国所缔结的条约的效力理由并不在于任何国内法。国内法作为一国的法律不能对作为教会首脑的教皇，或者说，对天主教会本身，设定义务或给予权利，因为教会是一个共同体，其法律存在是超出任何国内法律秩序的效力范围之外的。教会是一种秩序，它构成一个共同体，这个共同体包括了全世界的天主教徒。只有关于条约的一般国际法规范才能给予这些协定，特别是教约，以造法的效果。作为国际法主体，教会有使节权，也就是派遣和接受外交代表的权利，这些代表也享有一般国际法所给予外交代表的特权。但是，天主教会和作为国际法主体的国家是有区别的，特别是关于其所执行的或对其执行的制裁。天主教会不能从事战争，也不能对教会进行战争，所可能进行的只是报复，即一方侵犯他方的法律权利。

罗马天主教会所缔结的教约必须同成立梵蒂冈国的条约以及这个国家所缔结的条约区别开来。

梵蒂冈国是依据意大利和教廷于1929年2月11日所缔结的条约、即所谓拉忒兰条约成立的。在这个条约中，意大利“承认教廷对梵蒂冈(即在罗马内的一块土地)的完全所有权、绝对统治权和主权权威与管辖权”。这就意味着，意大利放弃其一部分领土，以便在该领土上成立一个新国家。这块土地不到100英亩；但是，它是一国的领土。其居民不到700人，而且几乎全部是由于职位关系而居住该地的。然而，他们是一国的居民。既然教皇就是政府，因而就有了国际法意义上的国家的一切因素。意大利在这项条约中承认梵蒂冈

国是在罗马教皇的主权之下的(第26条)。该条约第24条载有这样的声明：教廷，即作为新国家元首的教皇，不愿也决不参加其他国家间的世俗斗争和有关这些事项的国际会议，“除非各当事国共同对教廷的和平使命发出呼吁，但在任何情形下，后者保留行使其道义和精神力量的权利”。因此，同一条文规定，在任何情形下，梵蒂冈城应被认为是中立和不可侵犯的领土。罗马天主教会与意大利之间所缔结的这项条约对这个新国家设定了一些国际义务和给予了一些国际权利。这个国家是与罗马天主教会不同的一个法人。教会的首脑同时就是梵蒂冈国的元首。教会与这个国家之间是一种身合国。但是，以一定领土为限的梵蒂冈国不应与无领土限制的教会相等同。这就意味着，梵蒂冈国的属地效力范围，象每一个国家的领土一样，是有限度的，而罗马天主教会的属地效力范围却是无限度的。但是，教会并不是象有时人们所说的那样处在空间之外的。我们所称为天主教会的教会秩序，象任何规定人的行为的规范性程序一样，有一个属地效力范围。不过，这个属地效力范围，即天主教会在空间上的法律存在，是无限度的。

(2)类似国家的共同体。(a)被承认为交战团体的叛乱者。有一些类似国家的共同体，它们没有符合国际法意义上的国家的一切要求，然而却被认为是国际义务和权利的主体。这种共同体是由于下述事实而产生的：在内战中，叛乱者对发生内战的国家的一部分领土和居民取得有实效的控制。如果叛乱者被承认为交战团体，一般国际法关于战争行为和中立的规则就适用于其与其他国家之间的关系。所以，它们是国际法主体，尽管叛乱者政府对一定领土及其居民所行使的有实效控制还没有确定地巩固起来，因为内战还在进行中。承认叛乱者为交战团体所依据的条件将在本书第三章加以讨论。

(b)被保护国。类似国家的共同体可以作为国际法主体的另

一种情形是：一国由于与另一国订立的一项条约而服从于后一国所行使的保护权。上面已经指出，保护关系存在于这样的事实：保护国有权通过其本国机关，也就是说按照其本国宪法，管理被保护国的一切或最重要的国际事务。一项保护关系条约的效果是，在保护关系下的政治团体部分地受另一国的国内法律秩序的支配，而不专受国际法律秩序的支配，因而丧失了独立，而独立是作为国际法意义上的国家的一个主要因素。它是类似国家的共同体，而不是完全的国家。如果它所给予保护国的只是其在国际事务上职权的一部分，则被保护的政治团体与其他国家之间仍有一些不在保护关系范围之内的关系；因而在保护关系下的类似国家的共同体就有独立于保护国之外的一些国际义务和权利。在这种情形下，被保护的共同体具有一种有限制的国际人格。但是，如果一国把其在国际事务上的全部职权都交给另一国，那么，它就完全从国际关系范围上消失了，也就不能被认为是国际法的主体。被保护的共同体的国际人格是——好比说——被保护国所完全并吞了的，而只有保护国才是国际法主体。①

(3)委任统治地和托管领土不是国际法主体。按照联合国宪章第75条，在联合国权力下确立“国际托管制度”，“以管理并监督凭此后个别协定而置于该制度下之领土”。托管制度的目的在于代

① 在“胡格斯特拉登诉楼隆森”一案中（马来联邦最高法院，1939年，《年摘，1938—1940年》，第16号案件），发生了这样一个问题：在英国的保护关系下的马来联邦是否对德国处于战争状态。法院认为，马来联邦是与德国处于战争状态的：“鉴于宗主国或保护国具有，而且它单独拥有，将被保护国置于战争状态或和平状态的权力，显然，我就必须考察保护国的行为，而且如果这样的考察不能明确地回答该问题，那么，我必须向拥有作战或不作战的权力的行政机关取得情报，而在目前情形下，那种行政机关就是英国政府，英国政府的代表是高级专员。”法院然后提到了在多次政府公报中发表的英国高级专员的多次声明，并作出这样的结论：“高级专员的这些行为是宗主国或保护国的行为，它们是清楚的和毫不含糊的。它们把马来联邦置于对德战状态之下。因此，所有德国国民都是外国敌人。”

替国际联盟盟约第22条所设立的委任统治制度，该条规定如下：

“(一)凡殖民地及领土于这次战争之后不复属于从前统治该地之各国，而其居民尚不克自立于今世特别困难状况之中，则应适用下列之原则，即此等人民之福利及发展成为文明之神圣信托，履行此项信托之保证应载入本盟约。(二)实行此项原则之最妥善方法莫如以此等人民之监护托诸资源上、经验上或地理上足以承担此项责任而亦乐于接受之各先进国，该国即以受任统治之资格为联盟施行此项监护。(三)委任统治之性质应依该地人民发展之程度、领土之地势、经济之状况及其他类似之情形而区别之。(四)前属奥斯曼帝国之某些共同体已达可以暂认为独立国之发展程度，惟仍须由受任统治国予以行政之指导及援助，至其能自立之时为止。对于受任统治国之选择，应首先考虑各该民族之愿望。(五)其他人民，尤以中非洲之人民依其发展之程度，不得不由受任统治国负地方行政之责，惟其条件为担保其信仰及宗教之自由，而以维持公共秩序及善良风俗所能准许之限制为衡，禁止各项弊端，如奴隶之贩卖、军械之贸易、烈酒之贩卖并阻止建筑要塞或设立海陆军基地，除警察和国防所需外，不得以军事教育施诸土人，并保证联盟之其他会员国在贸易上、商业上之机会均等。(六)此外土地如非洲之西南部及南太平洋之数岛或因居民稀少，或因幅员不广、或因距文明中心辽远、或因地理上接近受任统治国之领土，或因其他情形最宜受治于受任统治国法律之下，作为其领土之一部分，但为土人利益计，受任统治国遵行以上所载之保障。(七)受任统治国须将委任统治地之情形向行政院提出年度报告。(八)倘受任统治国行使之权威、监督权或行政权，其程度未经联盟会员国订约规定，则应由行政院予以明确规定。(九)设一常设委员会专任接收及审查各受任统治国之年度报告并就关于执行委托统治国之年度报告并就关于执行委托统治之各事项向行政院陈述意见。”由于国际联盟的解

散——这意味着盟约效力的终止——委任统治制度的法律根据就不存在了，因而该制度本身也就不存在了。①

宪章第76条所规定的托管制度的基本目的是："（子）促进国际和平及安全。（丑）增进托管领土居民之政治、经济、社会、及教育之进展；并以适合各领土及其人民之特殊情形及关系人民自由表示之愿望为原则，且按照各托管协定之条款，增进其趋向自治或独立之逐渐发展。（寅）不分种族、性别、语言、或宗教，提倡全体人类之人权及基本自由之尊重，并激发世界人民互相维联之意识。（卯）于社会、经济及商业事件上，保证联合国全体会员国及其国民之平等待遇，及各该国民于司法裁判上之平等待遇，但以不妨碍上述目的之达成，且不违背第 80 条之规定为限。"

第 80 条规定："除依第77条、第79条及第 81 条所订置各领土于托管制度下之个别托管协定另有规定外，并在该项协定未经缔结以前，本章任何规定绝对不得解释为以任何方式变更任何国家或人民之权利、或联合国会员国个别签订之现有国际约章之条款。"

按照第 79 条、第 83 条和第 85 条，关于将每一个领土置于托管制度下的托管条款应由"直接关系各国"议定，并应经大会核准，

---

① "委任统治"所确立的法律地位的主要因素在于行政院代表国际联盟行使监督。随着国际联盟的法律存在的终止，监督的职能就同时终止了。如果没有国联行使的监督，就没有委任统治，按照盟约第 22 条，委任统治是"为联盟"行使的。大会在 1946 年 4 月 18 日的决议中（该决议解散了国联）明白声称："在国联终止存在时，国联对各委任统治地的职能就结束了"。但是，国际法院在其 1950 年 7 月 11 日关于"西南非的国际地位"的咨询意见中（《国际法院报告》，1950 年，第 128 页）声称：虽然国联的职能结束了，委任统治本身却未结束，因而"西南非是在南非联邦于 1920 年 12 月 12 日取得的国际委任统治下的领土"。法院还声称：监督的职能应由联合国行使，尽管西南非领土并未置于联合国的托管制度下、尽管法院声称："宪章第 2 章'国际托管制度'的规定并未对南非联邦设定将该领土置于托管制度下的法律义务"。

或者，如果协定指定托管领土为战略防区，应经安全理事会核准。协定必须由联合国的一个机构核准，这就意味着，一方面联合国，另一方面直接关系各国，都必须是托管协定的缔约者。宪章没有对“直接关系各国”的概念下定义。它只规定，倘若将按照国际联盟盟约原在委任统治下的领土置于托管制度之下，委任统治国如果是联合国会员国的话，就包括在“直接关系各国”之内。有些但非全部的前委任统治地被置于一些国家的托管之下，这些国家按国际联盟盟约曾经是委任统治国。[1]前日本受委任统治的各岛依据一项协定被置于托管之下，这项协定指定美国为管理当局。只有假定各受任统治国在国联解散后(国联解散意味着委任统治制度的终止)以及美国在日本投降后，把其主权扩展到这些领土，这种程序才是符合一般国际法的。[2] 否则，各受任统治国和美国是无权处分这些领土的。依据宪章第81条，不仅会员国，而且非会员国，都可以由托管协定指定为管理当局。联合国大会于第316次全体会议中核准了关于前意大利殖民地索马尼兰的托管协定。这项协定指定非会

---

① 下列前委任统治地已被置于托管制度之下：由英国托管：英属多哥，英属喀麦隆，坦噶尼喀；由澳大利亚联邦托管：新几内亚；由法国托管：法属多哥，法属喀麦隆；由比利时托管：卢安达—乌隆迪；由新西兰托管：西萨摩亚；由澳大利亚、新西兰和英国托管：那卢；由美国托管：前日本委任统治各岛。南非联邦则拒绝将前西南非委任统治地置于托管制度之下。

② 1951年9月8日在旧金山签订的对日和约第2条丁款规定：“日本放弃与国际联盟委任统治制度有关之一切权利、权利根据与要求，并接受1947年4月2日联合国安全理事会将托管制度推行于从前日本委任统治下的太平洋各岛屿之措施。”和约第3条规定如下：“日本对于美国向联合国提出将北纬29度以南的南西诸岛(包括琉球群岛和大东群岛)、孀妇岩岛以南之南方诸岛(包括小笠原群岛、西之岛和琉璜群岛)及冲之鸟岛和南鸟岛置于联合国托管制度之下，而以美国为唯一管理当局之任何提议，将予同意。在提出此种建议，并对此种建议采取肯定措施以前，美国将有权对此等岛屿之领土及其居民，包括其领海，行使一切及任何行政、立法与司法权力。”

员国意大利为管理当局。

托管协定没有给予联合国以宪章所载明以外的其他职能。这些职能是：关于非战略防区，"(子)审查管理当局所送之报告；(丑)会同管理当局接受并审查请愿书；(寅)与管理当局商定时间，按期视察各托管领土"(第87条)；和核准托管协定的更改或修正(第85条)。这些职能由大会和在其权力下的托管理事会行使。关于战略防区，宪章只在第83条中规定："一、联合国关于战略防区之各项职务，包括此项托管协定条款之核准，及其更改或修正，应由安全理事会行使之。二、第76条所规定之基本目的，适用于每一战略防区之人民。三、安全理事会以不违背托管协定之规定且不妨碍安全之考虑为限，应利用托管理事会之协助，以履行联合国托管制度下关于战略防区内之政治、经济、社会、及教育事件之职务。"

按照盟约第22条，委任统治地是由受任统治国作为一种"监护""为联盟"而管理的，因而可以认为被置于国际联盟的主权之下，而托管领土的法律地位则难以用类似方式加以解释。宪章并未规定这些领土应"为"联合国进行管理，而且按照宪章所给予联合国组织的权力——实际上是由现有的托管协定给予联合国组织的——是有限制的，因而没有理由认为托管领土的领土主权是属于联合国的。实际上，现有的托管领土是在一些国家的领土主权之下的，这些国家在行使其处分这些领土的权利时与联合国订立协定，把这些领土置于托管之下，而成为第81条的管理当局。①因此，托管领土不是国际法主体。宪章并不排除一种把托管领土

① 英属多哥托管协定第5条规定如下："…管理当局应有在该领土上立法、行政和司法的全权，并应将该领土视为其领土的不可分割部分，按照其本国法律予以管理，但须作当地情况所需要的修改，并应受联合国宪章和本协定的规定的支配。…"虽然"视为其领土的不可分割部分"这一公式并不是所有托管协定都有的，但它却正确地表明一切托管领土在对管理当局的关系上的法律地位。

的主权给予联合国本身的托管协定。按照第 81 条，联合国组织甚至可以成为管理当局。但是，现有的托管协定都没有把托管领土的主权或管理当局的职能给予联合国组织。

2．国家组成的共同体　(1)联邦国家。保护关系条约所构成的是包括一个国家和一个类似国家的政治团体的共同体。这种共同体的特征是其两个成员的对外事务的部分或全部集中化，而其中只有一个成员是国际法意义上的完全国家。因为，当两个政治团体的对外事务由同一机关来管理而不是由两个彼此不同的、互相独立的机关来管理时，那就是对外事务管理的集中化。如果对外事务的管理的集中化是完全的，国际法就不再适用于保护国和被保护的政治团体之间的关系。保护关系条约所构成的共同体，只有就该共同体是两个国家订立的国际协定所创造的来说，才是国际性的，而就该共同体的结构来说，却不是国际性的。从国际法的观点来看，对外事务全部集中化的保护关系是保护国的内部事项，因而只有保护国能单独出现在国际关系上。如果集中化只是局部的，因而在保护关系下的政治团体保留了某种对外事务的职权，那么，两个成员就都是国际法主体，而保护关系条约所构成的国际共同体就不是国际法主体。①

如果两个或两个以上国家缔结条约，把其对外事务的管理不

① 根据 1939 年 3 月 15 日德国和捷克斯洛伐克共和国订立的协定而建立的所谓波希米亚与摩拉维亚被保护国不是一个真正的被保护国。根据这项协定，捷克斯洛伐克共和国所给予德国政府的，不仅是办理该共和国对外事务的权力，而且是远远超过保护国对被保护的共同体所具有的权力的其他权力。在该协定中，捷克斯洛伐克共和国总统"满怀信心地将捷克人民和国家的命运交由德国元首掌握。元首接受这项声明，并表示决定将捷克人民置于德国保护之下，保证他们能按照他们的具体特征自主地发展民族生活"。这就意味着，捷克斯洛伐克共和国把其依据国际法所具有的一切法律权力都给了德国，而德国只承担给予捷克人民以自治的义务。1939 年 3 月 15 日的协定意味着捷克斯洛伐克共和国的领土和居民被合并于德国了，因而也就意味着该共(接下页注)

给予其中一国而给予各缔约国所组成的共同体(共同体的宪法由该条约加以规定)的一个机关,那也就出现了两个或两个以上国家对外事务管理的集中化。如果不仅对外事务的管理而且各缔约国的其他职能也都给予新的共同体的机关,这就是说,如果构成共同

(接上页注)和国终止了存在。根据该协定,德国政府于1939年3月16日单方面发布一项命令,除其他规定外,有下述规定:

前捷克斯洛伐克国家的领土于1939年3月由德国军队占领,自此以后属于大德国的领土,并且作为"波希米亚与摩拉维亚被保护国"而归德国保护。在德国防务需要范围内,元首和德国总理将对这些领土的个别部分作出可能不同于这项规则的处置。(第1条)波希米亚与摩拉维亚被保护国是自治的,并自行管理。它按照德国的政治、军事和经济需要,行使在保护关系范围内属于它的主权权利。它通过其自己的机关和其自己的当局,并由其自己的官员,行使这些主权权利。(第3条)波希米亚与摩拉维亚被保护国自治政府首脑享受国家元首的保护和权利。被保护国元首在执行其职务时应得到德国元首和总理的信任。(第4条)作为德国利益的监护者,德国元首和总理委派一名"驻波希米亚与摩拉维亚的德国保护官",其权威所在地是布拉格。作为德国元首和总理的代表,并作为德国政府的全权代表,德国保护官的任务是保证德国元首和总理所规定的政策路线得到遵从。被保护国政府人员应由德国保护官认可。这种认可可以撤销。德国保护官受权了解被保护国政府所采取的一切措施并提出意见。他可以反对那些足以损害德国的措施,并于有延迟危险时,其本人可以发布共同利益所必需的命令。法律、命令和其他法令的公布以及行政措施和有效司法判决的执行,当德国保护官反对时,应予停止。(第5条)被保护国的对外事务,特别是国外侨民的保护,交由德国办理。德国应按照符合共同利益的方式指导对外事务。被保护国应派代表一名驻于德国政府,正式名称为"公使"。(第6条)德国提供对被保护国的军事保护。在执行这种保护时,德国在被保护国内可以保护驻军和军事设备。为了维护内部安全和秩序,被保护国可以成立其自己的部队。这些部队的组织、力量、人数和装备由德国政府决定。(第7条)在共同利益要求范围内,德国可以颁布适用于被保护国的法令。在有共同需要的范围内,德国可以将各行政部门归并于德国行政部门内,并为其设立必要的德国官署。德国政府可以采取维持安全和秩序所必需的措施。(第11条)鉴于所给予捷克人民的自治是有广泛限制的,尽管该命令第3条采用了"主权"一词,当然就没有什么"主权"权利留给自治政府了。

体的条约所确立的集中化程度是一个国家所特有的程度，那么，这样一个条约所构成的共同体就具有国家的性质，而宪法就具有国内法的性质。这就是成立一个联邦国家的方式。由于缔结这样一个条约，而且由于对联邦宪法的服从，各缔约国就失去作为国际法意义上的国家的性质。它们成为联邦国家的所谓组成邦，如果它们还保留，至少部分地保留，国家所特有的职能，即立法、行政、和司法，而关于这些职能的职权则为联邦和其各成员所分享。对外事务方面的集中化可能不是完全的；各组成邦可能在这方面还保留一些职权，例如，在某种范围内与第三国缔结条约的权力。这样，它们可以被认为是国际法主体，具有有限制的人格。但是，既然各组成邦是按照联邦宪法而享有这种职权的，那么，当各组成邦的机关在联邦宪法所给予其职权范围内缔结条约时，它们就也可以被认为是联邦国家的间接机关；因此，缔结这些条约的国际人格者可以认为是联邦国家，它在某些方面是通过组成邦而行动的。

(2)政合国。人们通常把“政合国”和“身合国”看作国家组合的不同类型。两者都是两个君主国的联合，在这联合中，一国元首同时是另一国元首。但是，在政合国的情形下，同一国家元首是以对两国均有效的宪法为根据的，因而是永久的；而在身合国的情形下，同一国家元首却只是偶然性的，因而是暂时的。如果按照政合国的宪法，两个君主国的某些职权，如对外事务和军事，是完全或部分集中化的，并且是由君王在其他中央机关——如外交大臣、军事大臣等——的协助下管理的，政合国的性质就与联邦国家没有多大的区别。由于第一次世界大战的结果而解体的奥匈帝国就是这样一个政合国。如果国际事务是全部集中化的——如奥匈帝国的情形——那么，就只有政合国本身是国际法主体，而联合起来的两个国家都不是国际法主体。所谓身合国不是国际法主体；只有由于共同君王而联合起来的那些国家才是国际法主体。

(3)邦联。在联邦国家，整个国家的职权或法律权力是分配于中央政府和一些地方政府之间的。因此，联邦国家的结构是以这样的事实为特征的，即整个国家是由一个中央团体——联邦——和一些地方团体——各组成邦——组成的。联邦和各组成邦都是局部性的共同体；它们合在一起形成了整个共同体——联邦国家。这些局部性共同体之中的每一个共同体都有其自己的立法和行政机关；而且有时也有其自己的司法机关。但是，联邦的机关同时也是整个共同体——联邦国家——的机关。基于这个理由，作为局部性共同体的联邦，通常是与作为整个性共同体的联邦国家是没有什么区别的。

整个性共同体所以是国内共同体，而不是国际共同体，所以是国家，而不是一些国家的单纯组合，是因为其集中化程度的关系。有些国际共同体由于其分散化程度而不具有国家的性质，却也可以设有一些与成员国的机关不同的特殊机关。由于两个或两个以上国家所缔结的每一项条约都构成一个国际共同体（只要国际法还适用于该共同体各成员之间的关系），因而必须区别这样两种国际共同体：有组织的和无组织的国际共同体。有组织的国际共同体是这样一种条约所构成的，它设立国际共同体的特殊机关以实现成立该共同体的目的。这种共同体是"国际"共同体；它不具有国家的性质。如果集中化未达到一个国家所特有的程度，那么，组成条约所规定的法律秩序就具有国际法的性质，而不具有国内法的性质。一个有组织的国际共同体就是一个国际组织。它与联邦国家不同；它是一个邦联。德文用语把联邦和邦联区别开来，是比较确切的。

人们通常把"邦联"一词用以指某些历史上的国家组织，如德意志邦联（1815 年—1866 年）和成立联邦前的瑞士邦联和美利坚合众国（美国于 1787 年、瑞士于 1848 年成立联邦）。但是，这些邦

联与其他尚未集中化到成为联邦的有组织的国家组成的共同体(国际组织)之间是没有本质上的区别的。邦联(有组织的国家组成的共同体或国际组织)的成员在对外事务上具有无限制的职权，虽然它们可能在其国际关系方面承担了组成条约对其所设定的某些义务。如果这种条约使该国际共同体有权为了其特殊目的，通过其机关与成员国或非成员国缔结国际协定，那么，该组织本身就是国际法主体。

作为国际法主体，意味着受国际法的支配。如果由国家组成的国际共同体是国际法主体，它就具有一般国际法所确立的某些义务和权利以及其组成条约和其自己缔结的条约所确立的义务和权利。一个有组织的由国家组成的国际共同体(即一个国际组织)依据一般国际法所具有的义务和权利，或者说，一般国际法适用于这样一个作为国际法主体的由国家组成的国际共同体的程度，是决定于其组成条约给予该国际共同体的权力的，即是决定于其组成条约所给予该共同体的特殊机关的权力的。作为国际法主体的国际共同体，总负有一般国际法的义务，尊重其所缔结的条约，因为只有在国际共同体的宪法至少给予该国际共同体以缔结条约权的情形下，该国际共同体才是国际法主体。如果该国际共同体是国际法主体，它就可以行使积极和消极使节权，这就是说，它可以派遣和接受外交代表。如果其宪法给予该国际共同体以由中央机关治理各成员国领土以外的一块领土的权力(或者象通常所表述的，给予该国际共同体以对某一领土的主权)，这样，而且只有这样，该国际共同体才享有该领土的完整受尊重的权利。如果该国际共同体依据其宪法具有处理各成员国军队之外其自己的军队的权力，因而可以进行战争，这样，而且只有这样，该国际共同体才享有一般国际法关于战争所确立的一切义务和权利。如果一个国际组织有自己的军队，它就可以诉诸作为制裁的战争，即作为对侵犯

其权利的反应的战争；如果它没有自己的军队，它可以实行报复。关于对成为国际法主体的由国家组成的国际共同体执行这些制裁的可能性，在这种共同体享有一些权利即享有一些法律上受保护的利益的范围内，就可以对它实行报复，而报复就是对这些权利的侵犯。关于作为制裁的战争，似乎只有对一个成为国际法主体的国际共同体作为对其军队（即其各成员军队之外的军队）的反战争，或者如果该国际共同体有其自己的领土（即其各成员的领土之外的领土），才能进行这种战争。

如果构成一个国际共同体的条约使该共同体的机关有权采取在法律上对各成员国有约束力的决定，或者采取具有报复或战争的性质的强制行动，作为对各成员国违反组成条约的行为或其他国际不法行为的反应，那么，这些决定所确立的义务和权利就是国际义务和权利，而且该组织所采取的行动是国际制裁。有权确立这种义务和权利和实行这种制裁的国际组织，在这方面也应被认为是国际法主体。

3. *国际联盟和联合国*　20世纪由于两次世界大战而成立的两个最重要的国际组织是：国际联盟和联合国。

（1）国际联盟。国际联盟是国联盟约所构成的，而盟约是1919—1920年对德凡尔赛和约、对奥圣日耳曼和约、对匈特里亚农和约和对保纳伊里和约的第一部。其主要目的是维持国际和平。但是国际联盟未能防止第二次世界大战，而第二次世界大战则导致这个组织在1946年的解散。按照盟约第1条，国联的创始会员国是盟约附件所列的各签字国。这些签字国就是曾经对上述4国作战的协约及参战各国。但是，美国虽为“签字国”（因而依照第1条的规定应为创始会员国），却未成为国际联盟会员国，因为它没有批准各和约。创始会员国还包括附件中所列举并被邀请在盟约生效后两个月内以单方声明送交国联秘书处加入盟约的一些中立国。尔后会

员国的接纳可以由大会以会员国三分之二的决议决定。任何会员国经两年前预先通知后可以退出国联（第 1 条第 3 款），或在会员国不同意盟约的一项修正案的情形下立即退出（第 26 条第 2 款）。

国联的主要机构是大会和行政院。大会包括各会员国的代表。每一会员国有一个投票权，并得派遣不超过 3 名代表（第 3 条）。按照第 4 条，行政院包括所谓主要协约及参战国家——即美国、英帝国、法国、意大利和日本，它们是行政院的常任理事国——的代表和大会选出的其他 4 个会员国的代表。美国既然没有批准和约，就与第 4 条的规定相违反，所以它没有成为行政院的理事国。经过大会多数的核准，行政院可以指定另外一些国联会员国，使其代表永久为行政院的理事国，经过同样的核准，行政院可以增加大会选出参加行政院的理事国的数目（第 4 条第 2 款）。任何未参加行政院的会员国在考虑与该国联会员国的利益特别有关的事项时，应被邀请派遣代表一名作为理事国出席行政院的会议（第 4 条第 5 款）。在任行政院会议上，参加行政院的每一个国联会员国有一个投票权，并可以派不超过一名的代表（第 4 条第 6 款）。至于大会以及行政院的投票程序，除另有明文规定外，关于非程序事项的决议，应经参加会议的会员国一致同意。程序事项可以由参加会议的多数决定（第 5 条）。

如果是关于一个争端的决定，争端当事国的投票不计在内（第 15 条第 6 款、第 7 款）。类似原则适用于将会员国开除出国联的决定（第 16 条第 4 款）。

国联关于其维持和平的目的的主要职能是解决争端和对违反盟约采取强制行动。后一问题已在本书第一章里讨论过，前一问题将在第三章里讨论。

（2）联合国。联合国是在结束第二次世界大战的各和约以外单独成立的。它是 1945 年 6 月 26 日在旧金山签订的联合国宪章

所构成的。其主要目的与国际联盟一样——维持和平；其组织也很类似其先驱者。关于创始会员国，第3条规定：“凡曾经参加旧金山联合国组织会议或前此曾签字于1942年1月1日联合国宣言之国家，签订本宪章者，且依宪章第110条规定而予以批准者，均为联合国之创始会员国。”只有波兰没有签字于旧金山宪章，但曾签字于联合国宣言，因而它被接纳为联合国的创始会员国。关于以后会员国的资格，第4条规定：“一、凡其他爱好和平之国家，接受本宪章所载之义务，经本组织认为确能并愿意履行该项义务者，得为联合国会员国。二、准许上述国家为联合国会员国，将由大会经安全理事会之推荐以决议行之。”① 到了1952年，9个国家被接纳为联合国会员国，因此，联合国组织就有了60个会员国。②与盟约不同，宪章没有关于退出联合国组织的规定。因此，会员的

① 对于第4条第1项，1948年5月28日国际法院关于“加入联合国”（宪章第4条）的咨询意见中曾经解释如下：“法院以9对6票认为，联合国会员国依据宪章第4条被召唤在安全理事会或大会上对接纳一国为联合国会员国问题投票表示态度，在法律上是无权将其对接纳的同意取决于该条第1项所未明文规定的条件的；特别是，联合国会员国不能在承认有关国家所应满足该条规定的条件的同时，却使其同意票取决于另外一项条件，即：其他国家应与该国一起被接纳为联合国会员国。”（《国际法院报告》，1948年，第65页）。

至于第4条第2项，国际法院在1950年3月3日关于“大会关于加入联合国的职权”的咨询意见中声称：“法院对于这条约文的意义并无任何疑问。它对接纳所要求的是两件事：安全理事会的‘推荐’和大会的‘决议’。推荐应在决议之先，这是当然的事情。‘推荐’一字和其前面的‘经’一字包含这样的意思：推荐是关于接纳的决议的基础，而决议是以推荐为根据的。这两个行为都是对第4条前一项所提及的联合国组织作出判断所不可缺少的。现在所考虑的约文意味着，大会只能经安全理事会的推荐而决议准许；该条决定两个机构各自的任务，而其联合行动是实现接纳所必需的：换句话说，安全理事会的推荐是大会决议的先决条件，而大会决议则使接纳得以实现。”（《国际法院报告》，1950年，第4页）。

② 下列国家是联合国会员国：阿富汗、阿根廷、澳大利亚、比利时、玻（接下页注）

退出不能以宪章的文字为根据。但是，按照旧金山会议第一委员会的一项决议所作的解释，在“例外情形”下，会员国可以退出联合国组织。

联合国的主要机构是大会和安全理事会。关于大会，宪章第9条规定：“一、大会由联合国所有会员国组织之。二、每一会员国在大会之代表，不得超过五人。”第18条规定：“一、大会之每一会员国，应有一个投票权。二、大会对于重要问题之决议应以到会及投票之会员国三分之二多数决定之。此项问题应包括：关于维持国际和平及安全之建议，安全理事会非常任理事国之选举，经济暨社会理事会理事国之选举，依第86条第1项(寅)款所规定托管理事会理事国之选举，对于新会员国加入联合国之准许，会员国权利及特权之停止，会员国之除名，关于施行托管制度之问题，以及预算问题。三、关于其他问题之决议，包括另有何种事项应以三分之二多数决定之问题，应以到会及投票之会员国过半数决定之。”第20条规定：“大会每年应举行常会，并于必要时，举行特别会议。特别会议应由秘书长经安全理事会或联合国会员国过半数之请求召集之。”按照大会程序规则(经1950年11月3日称为《保障和平的联合行动》的大会决议修正案)，紧急特别届会应在秘书长收到安全理事会提出召开此种届会的请求或联合国多数会员国的请求后24小时内召开。

(接上页注)利维亚、巴西、缅甸、白俄罗斯苏维埃社会主义共和国、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、哥斯达黎加、古巴、捷克斯洛伐克、丹麦、多米尼加共和国、厄瓜多尔、埃及、萨尔瓦多、埃塞俄比亚、法国、希腊、危地马拉、海地、洪都拉斯、冰岛、印度、印度尼西亚、伊朗、伊拉克、以色列、黎巴嫩、里比利亚、卢森堡、墨西哥、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、挪威、巴基斯坦、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、菲律宾、波兰、沙特阿拉伯、瑞典、叙利亚、泰国、土耳其、乌克兰苏维埃社会主义共和国、南非联邦、苏联、英国、美国、乌拉圭、委内瑞拉、也门、南斯拉夫。

关于安全理事会，第23条规定："一、安全理事会以联合国11会员国组织之。中华民国、法兰西、苏维埃社会主义共和国联邦，大不列颠及北爱尔兰联合王国及美利坚合众国应为安全理事会常任理事国。大会应选举联合国其他6会员国为安全理事会非常任理事国，选举时首宜充分斟酌联合国各会员国于维持国际和平与安全及本组织的其余各宗旨上之贡献，并宜充分斟酌地域上之公匀分配。二、安全理事会非常任理事国任期定为二年；但第一次选举非常任理事国时，其中三者之任期应为一年。任满之理事国，不得即行连选。三、安全理事会每一理事国应有代表一人。"与盟约不同，宪章不允许宪章所规定的安全理事会常任或非常任理事国数目有所增加。安全理事会不象大会，它是继续不断行使职务的。第28条第1项规定："一、安全理事会之组织，应以使其能继续不断行使职务为要件。为此目的，安全理事会之各理事国应有常驻本组织会所之代表。"关于投票程序，第27条规定："一、安全理事会每一理事国应有一个投票权。二、安全理事会关于程序事项之决议，应以7理事国之可决票表决之。三、安全理事会对于其他一切事项之决议，应以7理事国之可决票包括全体常任理事国之同意票表决之；但对于第6章及第52条第3项内各事项之决议，争端当事国不得投票。"第3项最后一句所规定的原则只适用于争端，不适用其他情势，而且只适用于这一句所明文提出的决议，而不适用于依据第7章（"对于和平之威胁，和平之破坏及侵略行为之应付办法"）所采取的决议。在大会的程序中，它能被适用。

盟约和宪章之间最显著的差别在于，宪章对联合国组织两个主要机构的程序，采纳多数票原则。只有在安全理事会5个常任理事国之中，而且只有对非程序事项的决议，才必须一致同意。这就是所谓安全理事会常任理事国的否决权。这个机构不能不顾一个常任理事国的反对票而对非程序事项作出任何决定。

关于非程序事项的决议是否需要所有5个常任理事国的同意的问题，即一个常任理事国缺席或弃权是否使有关这种事项不能通过有效决议的问题，宪章英文本的文字① 对此问题是既可以作肯定回答也可以作否定回答的。安全理事会的实践倾向于第二种解释，因而决议得由7个理事国可决票包括出席及投票的常任理事国的同意票作出。安全理事会常任理事国一致同意原则在安全理事会的程序以外也适用。按照第110条，宪章只有在宪章使在安全理事会上有常任理事席的5个国家以及其他签字国过半数交存批准书时才能生效。按照宪章第108条和第109条，宪章的修正案经大会各会员国或为修改宪章而召开的联合国会员国大会中各会员国三分之二表决通过，并经会员国三分之二，包括安全理事国全体常任理事国在内批准后，发生效力。第108条、第109条和第110条——与第27条第3项英文本不同——规定应有所有作为安全理事会常任理事国的5个国家的合作。

非安全理事会理事国的国家在某些情形下可以参加安全理事会的讨论。在这方面，第31条和第32条有所规定。第31条规定："在安全理事会提出之任何问题，经其认为对于非安全理事会理事国之联合国会员国之利益有特别关系时，该会员国得参加讨论，但无投票权。"第32条规定："联合国会员国而非为安全理事会之理事国，或非联合国会员国之国家，如于安全理事会考虑中之争端为当事国者，应被邀参加关于该项争端之讨论，但无投票权。安全理事会应规定其所认为公平之条件，以便非联合国会员国之国家参加。"

---

① 第27条第3项英文本是："……包括常任理事国的同意票"，而法文本则是："……全体常任理事国之票"。第27条第3项的其他约文本都和法文本一样。按照宪章第111条，所有5种文字本（中、法、俄、英和西班牙文本）"同一作准"。

安全理事会和大会的关于维持和平的目的的主要职能是解决争端和采取强制行动。关于第一种职能，两个机构有共有的职权。这种职能将在本书第四章加以分析。关于和平的威胁或破坏时所采取的强制行动，按照宪章制定者的意思，安全理事会有专有的职权。但是，按照1950年11月3日称为《保障和平的联合行动》的大会决议，大会可以向会员国建议使用武力，并于破坏和平或侵略行为时使用武装部队。这一职能在本书第一章里已经讨论过。

为了在大会权力下促进经济和社会合作，宪章设立了经济暨社会理事会。第61条规定："一、经济暨社会理事会由大会选举联合国18会员国组织之。二、除第3项所规定外，经济暨社会理事会每年选举理事6国，任期3年，任满之理事国得即行连选。三、第一次选举时，经济暨社会理事会应选理事18国，其中6国任期1年，另六国任期2年，一依大会所定办法。四、经济暨社会理事会之每一理事国应有代表一人。"为了在大会或安全理事会权力下监督被置于联合国托管制度下领土的管理，宪章设立了托管理事会。第86条规定："一，托管理事会应由下列联合国会员国组织之：(子)管理托管领土之会员国。(丑)第23条所列各之国家而现非管理托管领土者。(寅)大会选举必要数额之其他会员国，任期3年，俾使托管理事会理事国之总数，于联合国会员国中之管理托管领土者及不管理者之间，得以平均分配。二，托管理事会之每一理事国应指定一特别合格之人员，以代表之。"

按照第97条，秘书长一人应由大会经安全理事会的推荐委派。① 他应为联合国组织的行政首长。秘书长在大会、安全理事

① 第一任秘书长的任期于1951年2月1日届满。大会未经安全理事会事先推荐，于1950年11月1日通过一项决议，委任他连任3年。该决议内容如下："大会，接获安全理事会主席1950年10月12日及10月25日来文，内称安全理事会对于向大会推荐秘书长人选一事未能获致协议；认为必须确保宪(接下页注)

会、经济暨社会理事会及托管理事会的一切会议上以行政首长的资格行使职能，并执行这些机构所委托他的其他职能。秘书长应向大会提送关于联合国组织工作的常年报告(第 97 条、第 98 条)。秘书长由秘书处其他人员协助，秘书处的办事人员由秘书长依据大会所定的章程委派(第 101 条第 1 项)。

第 52 条授权联合国各会员国订立区域协定或由这项协定成立区域机构，以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动的事项，"但以此项办法或机关及其工作与联合国之宗旨及原则符合为限"(第 52 条第 1 项)。区域组织可以被认为是联合国的间接机关。安全理事会对于通过这种区域协定或由这种区域机构来和平解决地方性的争端，应鼓励其发展(第 52 条第 2 项)，并对于在安全理事会的权力下的强制行动，应在适当情形下利用这种区域协定或机构(第 53 条第 1 项)。

宪章授权联合国与各会员国、非会员国以及其他国际组织订立国际协定。这种协定是，例如，第 43 条所提及的安全理事会与各会员国之间缔结的使各会员国武装部队交由安全理事会支配的"特别协定"，第 105 条所提及的关于各会员国给予联合国及其代表和职员的特权及豁免的公约；按照第 75 条、第 79 条、第 83 条和第 85 条大会或安全理事会与直接有关国家订立的托管协定；非会员国对安全理事会为了使非会员国参加该非会员国为当事国的争端的讨论而依据第 32 条所定的条件表示接受所构成的协定；按照第 57 条和第 63 条使专门机构与联合发生关系的协定；以及其他

(接上页注)章所定秘书长职务得以继续执行，不稍间断；鉴于安全理事会前向大会第一届常会推荐赖伊先生为秘书长，嗣经大会于 1946年2月 1 日委派赖伊先生为秘书长，任期 5 年；决议现任秘书长应继续供职，为期 3 年。""现任秘书长应继续供职，为期 3 年"这一决议是等于第一任秘书长的再次委派。宪章没有对委派和再次委派加以区别。参见国际法院 1950 年 3 月 3 日的咨询意见。

协定。宪章给予联合国以缔结条约的权力，从而就赋予联合国组织以国际人格。①

① 在1949年4月11日关于“在执行联合国职务时遭受损害的赔偿”的咨询意见中(《国际法院报告》,1949年,第174页)，国际法院对于联合国是否具有国际人格的问题作了肯定的回答。法院说:“宪章并不满足于使其所建立的联合国组织只成为‘一协调各国行动之中心,以达成上述共同目的’(第1条第4项)。它还为该中心设定了机构，并给予该中心以特殊任务。它明确规定了各会员国在对联合国组织的关系上的地位：要求其在联合国组织采取任何行动时给予各种协助(第2条第5项),并接受和执行安全理事会的决议;授权大会向各会员国提出建议;给予联合国以在各会员国领土上的法律能力及特权和豁免;并规定允许联合国组织与联合国各会员国之间缔结协定。实践——特别是联合国作为缔约一方的条约的缔结——已经确认了联合国组织的这种性质，联合国组织在某些方面离开其会员国而有自己的地位，而且它有义务在必要时提醒各会员国所承担的某些义务。还必须指出,联合国组织是一个政治团体,负有具有重要性质并包括广泛范围的政治任务,即维持国际和平及安全,发展国家间友好关系,并在解决属于经济、社会、文化或人道性质的问题中求得国际合作;而且,它在对付其会员国时使用政治方法。1946年的‘联合国特权与豁免公约’,创造了各签字国与联合国组织之间的权利和义务(特别参见第35节)。可以设想,这样的公约除在国际水平上并在具有国际人格的缔约各方之间外,是很难施行的。

“法院的意见是，联合国组织是旨在行使和享受，而且在事实上也正在行使和享受一些职能和权利，这些职能和权利只有在具有很大程度的国际人格和具有在国际水平上施行能力的基础上才能得到解释。目前，它是国际组织的最高形态,而且如果它没有国际人格，它就无从执行创始者的意图。我们必须承认，其各会员国由于把某些职能委托于它,附以义务和责任，也就赋予了它以使这些职能得到有效实现所必需的职权。

“因此，法院得出结论：联合国组织是一个国际人格者。这并不等于说，它是一个国家；而它肯定不是一个国家，这也不等于说，其法律人格及权利和义务是与国家一样的。更不等于说,它是‘一个超国家’,而不论这一词语是什么意思。这个结论甚至并不包含这样的意思:其一切权利和义务都必须在国际水平之上，正如国家的一切权利和义务并不一定都在国际水平之上一样。这个结论所意味的是：它是一个国际法主体，能够有国际权利和义务；而且它是有提出国际求偿以维持其权利的能力的。”

（4）国际劳工组织。非宪章所构成的但在经济、社会、文化、教育、卫生及有关部门内进行工作的其他国际组织是——而且有些组织已经——通过由经济暨社会理事会代表联合国与各该组织订立的协定而与联合国发生了关系。协定必须经大会核准。宪章称这些组织为“专门机关”（第57条、第63条）。这些与联合国发生关系的专门机构中最重要的是国际劳工组织，它原来是结束第一次世界大战的4个和约第13部所成立的，并在某些方面是与国际联盟是有联系的。在国联解散后，它继续作为一个独立的国际组织而存在。甚至在国联解散以前，各和约中关于国际劳工组织的条文已经重新安排号数，并以“国际劳工组织章程”的名称成为一个单独的文件。

国际劳工组织的目的是促进工业和劳工方面的国际合作。当国际劳动组织与国际联盟有关系时，国联会员国同时就是国际劳工组织的会员国。现在国际劳工组织章程第1条第2款到第6款规定：“国际劳工组织会员国应是1945年11月1日为本组织会员国的国家和按照本条第3款和第4款成为会员国的国家。——任何联合国创始会员国和任何经按照宪章规定由大会决议准许加入联合国的国家，得将其正式接受国际劳工组织章程的义务通知国际劳工局局长，成为国际劳工组织会员国。——经国际劳工组织大会以出席会议的代表三分之二，包括出席并投票的政府代表三分之二表决同意，也得接纳为本组织会员国。此项接纳应于新会员国政府将其正式接受本组织章程的义务通知国际劳工局局长时发生效力。——任何国际劳工组织会员国非将退出本组织的意思通知国际劳工局局长，不得退出本组织。此项通知应于局长接得通知之日后两年生效，但以该会员国当时已履行由于会员籍而产生的一切财政义务为限。当一会员国已经批准某项国际劳工公约时，此项退出不影响该公约规定期内该公约所产生或与该公约有

关的一切义务继续有效。——如果任何国家已经不为本组织会员国，它的重新加入应按情形分别遵照本条第3款或第4款的规定办理。”

国际劳工组织的主要机构是大会、理事会和国际劳工局。按照章程第3条第1款，大会“应按需要随时召开，每年至少召开一次。大会由每一会员国4名代表组成，其中两名应为政府代表，其余两名分别代表每一会员国的雇主和劳工。”第3条第5款使各会员国负有义务任命经与各该国按情形最能代表雇主和劳工的工业组织——如果有这样的组织——商议选出的非政府代表。通常只有政府才能参加国际组织的机构，而且委派代表的方法是由有关政府自由决定，而国际劳工组织章程——一项国际协定——则直接地决定各会员国4名代表中两名代表的委派方法，并要求得到工业组织方面的同意。因此，不仅委派代表的政府或其国家，而且工业组织，可以被认为参加了大会。按照第7条，理事会应包括32人：16人代表政府，8人代表雇主，8人代表劳工。在代表政府的16人中，8人应由主要工业会员国委派，另外8人应由除上述8会员国代表外出席大会的政府代表为此目的而选出的会员国委派之。国际劳工局以局长为首，局长按照第8条应由理事会委派，并且除服从理事会的训示外，应负责有效率地进行国际劳工局的工作和其他可能托付于他的义务。国际劳工局的办事人员应由局长依据理事会核准的规章委派（第9条）。

7.一般和特别国际法

正如上文所指出的，国际法本身的属人效力范围是不受更高法律秩序的任何规范的限制的。但是，国际法秩序的规范对于其所设定义务和给予权利的人，并不是都具有同样效力范围的。人们惯于把一般（或共同）国际法和特别国际法区别开来。“一般国

际法"一词是指对世界上所有国家都有效的国际法规范，而"特别国际法"一词则指只对某些国家有效的国际法规范。事实上，一般国际法就是习惯法。由于条约在原则上只对缔约各方有拘束力，而且由于没有世界所有国家都缔结或加入的条约，因而只有习惯的一般国际法，而没有约定的一般国际法。不错，联合国宪章虽是一项由许多但非所有国家缔结的条约，却主张对所有国家都有拘束力——至少就其某些规定而言是这样的——因而主张具有一般国际法的性质。这个问题将在本书第四章加以讨论。特别国际法通常是条约所创造的；但它也可能是一个特别习惯所创造的，如果只有某些国参加确立这一习惯的话。

有一些国际法规范对一切国家都有效的说法，并不意味着这些规范对一切国家都有实际的拘束力；它只意味着，它们对一切国家有潜在的拘束力，这就是说，如果某国符合了这些规范所主张的有拘束力的条件，它们就对其有拘束力。依据一般国际法，沿海国家具有在实际上为内陆国家所没有的义务和权利，但是，一旦内陆国家取得了有海岸的领土，它就立即具有这些义务和权利。我们在把一般国际法界说为拘束一切国家的法律时，并不排斥国家以外的人格者作为国际法主体的可能性。正如上文所指出的，某些对一切国家有潜在效力的规范在授权各国或使各国担负义务在某些条件下对一些个人加以制裁时，它们就对这些个人也有拘束力；某些对一切国家有潜在效力的规范，对罗马天主教会和某些类似国家的共同体和邦联，也是有效的。因此，一般国际法可以界说为对整个国际共同体有潜在效力的国际法规范。

虽然特别国际法的规范只对有限数目的国家直接有效，而不对国际共同体的一切主体直接有效，这些规范却可以构成一种法律情况，一切其他国家都必须加以尊重。每一个国家都有尊重其他国家依据国际法取得的权利的法律义务。例如，国家有义务尊

重某一其他国家对某一领土所拥有的权利。国家有义务尊重其他国家依据国际法所取得的权利是下述事实的结果：构成既得权利的特别国际法总是在一般国际法的一项规则的基础上创造出来的。因此，特别国际法对国际法秩序的一切主体具有间接拘束力。例如，甲国与乙国缔结了一项割让条约。在执行这项条约时，甲国从被割让的领土撤退了其机关，而乙国占领了该领土。这样，该领土就成为乙国领土的一部分。这种法律情况——即该领土现在在法律上属于乙国——只是两国之间所缔结的条约所构成的，即一个特别国际法规范所构成的。但是，特别的约定国际法是在“约定必须遵守”这一规则的基础上创造出来的，而这一规则是一般（习惯）国际法的一项规则。被割让的领土属于乙国这一法律事实不仅对于作为条约缔约国的两国是存在的，而且对于所有其他国家也是存在的。一切其他国家有义务尊重一个特别国际法规范所构成的这种新的法律情况。该条约的这种法律效果表现于：在条约生效后，除乙国外，任何国家都不能占领该领土，否则就违法。两国之间所缔结的一个条约创造了特别法律，而它对所有其他国家都有法律效果。

只对某些国家直接有效的特别国际法或特别国际法所创造的法律情况，必须为未参加确立造法事实的所有其他国家所尊重的这项原则，并不排斥另一项原则，即特别国际法创造出来的事实在实际上是否存在的问题是由其他国家来决定的。例如，如果一国兼并了另一国的领土，那么，只有第三国“承认”了这种兼并，就是说，只有第三国直接或间接地承认了事实的存在，而且按照一般国际法这些事实是可以引起领土变更的，该第三国才有尊重这种新法律情况的义务。

因此，并没有什么绝对意义的“特别”国际法。国际法象一切法律一样，是一般性的法律，虽然其规范的最大部分具有相对意义

的特别法律的性质。

第四节　国际法的属物效力范围

象属人、属地和属时效力范围一样，国际法的属物效力范围是无限度的。因此，国际法的规范可以涉及任何事项，特别是涉及到国内法所通常调整的事项。

1.国际管辖和国内（内部）管辖

国际法的属物效力范围问题，可以说是国际法的属物效力范围和国内法的属物效力范围之间能否划一界线的问题。该问题就是：是否有一些事项按照其本身性质只能专由国际法规范加以调整，而另一些事项按照其本身性质则只能专由国内法规范加以调整。法律"调整"一个事项，意味着，——在这一场合下——法律对这一事项规定有按照某种方式作行为的义务。法律秩序的规范是一般的或个别的规范。最重要的个别规范是司法判决或准司法判决。一个事项可以由国际法加以调整，意味着，这一事项可以由习惯或约定国际法的一项规则或由一个国际机构——特别是一个国际法庭——的决定加以调整。一个事项只能由国内法加以调整，意味着，在这个事项上，按照某种方式作行为的义务只能由一国的习惯法或制定法或由这一国家的法院的判决加以规定，而不能由国际机构的决定加以规定。这种事项通常被表征为按照本身性质是专属一国国内管辖的事项。这就意味着，这些事项不得由国际法的一般或特殊规范加以调整，并且确立了国家的专属职权（管辖权）。但是，并没有什么事项，按照其本身性质必须保留由国内法加以调整而不能由国际法加以调整。并没有什么事项，按照其本身性质是只属（专属）一国国内管辖的，按照其本身性质是不能

由国际法的一般或个别规范加以调整的，就是说，是不能由国际法的一般或个别规范对之规定任何义务的。国际法可以调整一切事项，甚至包括通常只由国内法加以调整的、因而被认为“国内”事项的事项；例如有关政府形式等的宪法问题、国籍的取得和丧失问题、劳工问题、社会政策的整个领域、宗教问题、移民关税问题、刑法和刑事程序问题、民法和民事程序问题。

所有这些事项都可以由国际法规范加以调整，而且，当它们作为国际协定的对象时，它们实际上就是由国际法加以调整的。依据一项条约，一国可能承担下述义务，即采取或维持共和制或君主制政府；只在某种条件下准许另一国公民入籍；确立8小时工作日制；承认其国民的宗教自由；允许另一国公民移入；对某一国家某种货物的输入适用特别关税；使其刑法或民法的某些规则遵照在国际公约中所协议的示范；等等。如果这种事项产生了争端，争端就可以由国际机构来解决，特别是由国际法庭来解决，只要这种机构是条约所确立的。在所有这些情形下，通常只能专由国内法规范加以调整的事项就由国际法的规范加以调整了，或者至少是同时由国际法规范加以调整。

2. 国内法对国际法的实施

法律不仅可以积极地对一个事项加以调整并规定按照某种方式作行为的义务，而且也可以消极地对这个事项不规定什么义务。这样，受法律支配的人们在法律上就对这个事项有任意作行为的自由。法律上所未禁止的，就是法律上所允许的。在这个意义上，没有什么事项不是法律所“调整”的，而不管是国内法或是国际法。如果在某一事项上，任何国际法规范都没有对一国设定义务，国际法就使该国有任意作行为的自由，就使这个事项属于其国内管辖范围之内。

一些事项可以由国际法规范积极地加以调整，而同时也由国内法规范积极地加以调整。国际法规范可能需要由国内法规范予以实施。例如，一个一般国际法规范对国家设定了在诉诸战争前正式宣战的义务。如果有关国家的国内法未规定哪个机关有权宣战，这项义务就不可能履行。国内法对国际法的实施的另一个例子是关于引渡的条约，这种条约只对各缔约国设定按照条约内容发布关于引渡的法律的义务。为了由国家机关将其适用于本国臣民，这种条约首先必须由国家立法机关制定的国内法律来执行。但是，这种条约对各缔约国所设立的，也可能不是制定具有一定内容的国内引渡法律的义务，而是依据条约所决定的条件将条约所决定的个人予以引渡的义务。这就是说，引渡条约可能不是使各缔约国的立法机关承担义务，而是使其行政或司法机关承担义务。这样，引渡条约就可以由各缔约国的行政或司法机关适用，而不需要国内用立法行为来实施国际法；但是，有权适用引渡条约的行政或司法机关仍然必须由国内法来决定。如果国内法律秩序已经包含有关于引渡的规范，就不再需要国内法规范对国际法规范加以实施。一个国际法规范可以使各国承担义务或授权各国惩罚犯了这个规范所规定的罪行的个人，而让国家去决定刑罚，例如海盗行为的情形。决定刑罚的国内法规范是对各国承担义务或授权各国惩罚某些个人的国际法规范的实施。一个国际法规范可以对一个国家设定一项义务或者给予一项权利而且同时决定哪个国家机关应该履行该项义务或行使该项权利。例如，一项条约可以规定，各缔约国的刑事法院应对犯了该条约所决定的罪行的个人加以惩罚，而惩罚也同样是该条约所决定的。事实上，国内法总是包含有设立刑事法院的规范，而这些国内法规范就构成国际法规范的必要实施。有些作者认为，一般国际法的规范授权国家元首缔结条约。但是，决定哪个人应被认为国家元首的是国内法。在这个意义上，

一切对国家设定义务或给予权利的国际法规范都需要由国内法来实施；因为这些国际义务只能由国家机关来履行，这些国际权利只能由国家机关来行使，而这些机关必须是国内法所设立的。但是，如果国内法已经包含有使国际法的适用成为可能的规范，另外的实施就不必要了。可以由国家机关适用而不需要国内法另予实施的国际法规范，可以称为一种自执行的规范。

3. 国际法转化为国内法

国内法对国际法的实施必须与所谓国际法转化为国内法相区别。依据一国的宪法，行政机关特别是司法机关，可能有义务只适用国内法，就是说，有义务只适用立法机关所制定的法律或主管行政机关所发布的命令。这样，即使国际法不需要实施，但是，只有国际法"转化"为制定法或命令，就是说，只有国际法规范的内容已经成为国内法规范的内容，国际法才能为国家的行政和司法机关所适用。从国际法的观点来看，这样的转化不是必要的。① 一国应对违反国际法的行为负责，即使这种违反的唯一理由是，国际法没有按照该国宪法的要求转化为该国国内法。② 国际法转化为国

---

① 国际常设法院(1928年)在其关于"但泽法院的管辖权"的咨询意见中声称：一项国际协定"本身是不能为私人创造直接的权利和义务的。但是，无可置疑，按照缔约各方的意思，一项国际协定的本身目的可能是使缔约各方采取某些创造个人权利和义务并为国内法院所能执行的确定规则。"法庭得出的结论是：在这个具体案件中，一项国际协定是但泽法院所"能直接适用的"。(《国际常设法院出版物，乙集》，第15号，第17页以下。)

② 国际常设法院(1932年)在其关于"但泽领土上波兰国民和其他原属波兰国籍或操波兰语言的人们的待遇"的咨询意见中声称："一方面，按照公认的原则，一国对另一国不能以该另一国宪法的规定为依据，而只能以国际法或业已合法接受的国际义务为依据，另一方面，反过来说，一国对另一国不能引用其本国宪法来逃避其在国际法或现行条约上所承担的义务。"(《国际常设法院出版物，甲/乙集》，第44号，第24页)。

内法，可能只是从国内法的观点来看才是必要的。但是，使各国承担义务或授权各国作某种立法行为的国际法的习惯或约定规范是不可能转化的。国家在制定有关法律时，只是履行其国际义务或行使其国际权利；它并不是把国际法"转化"为国内法。只有那些规定必须有国家行政或司法行为的国际法规范，才需要转化；而且，只有在宪法规定行政或司法机关只应适用国内法的情形下，才需要这样的转化。一国的成文或不成文宪法可以包含这样一项规则：国际法是国内法的一部分。① 这项规则可以这样解释，它使国际法全面转化成了国内法。在这种情形下，就不需要国际法某一特殊规范的转化，特别是不需要条约的转化。

4. 联合国宪章第 2 条第 7 项

认为有些事项按照其本身性质只属（专属）一国的国内管辖，因而处于国际法的一般或个别规范的调整范围之外，而国际法按照本身性质不能对这种事项规定义务的这个错误假定，是上面已经提到的联合国宪章一项重要规定的背景。按照第 2 条第 7 项的规定，联合国组织不得干涉"在本质上属于任何国内管辖之事件"，但依据第 7 章采取强制措施以进行的干涉除外，就是说，安全理事会在其决定有和平的威胁或破坏的存在后进行的干涉除外。这项规定是采自国际联盟盟约而加以一些变动的。盟约第 15 条第 8 款规定如下："如争端各方任何一方对于争端自行声明并为行政院所承认，按诸国际法纯属该方国内管辖之事件，则行政院应据情报告，而不作解决该争端之建议。"第 8 款的制定者是从这样一个假

① 在安格鲁撒克逊国家，国际法是国内法的一部分的原则被认为是一项普通法规则。德意志联邦共和国宪法（波恩宪法）第 25 条规定："国际法的一般规则应为联邦法的一部分。这些规则应优先于法律，并且直接地为联邦领土上居民创造权利和义务。"

设出发的，即有一些事项按其本身性质只属于一国的国内管辖，因而不受国际法的调整。他们特别认为，移民和关税等事项是只属于各国国内管辖的。因此，他们得出这样的结论：如果争端涉及这种事项，国联行政院作为一个国际机关，不应该而且不能有权用具有国际法律行为性质的决定来解决该争端。①

---

① 在"突尼斯—摩洛哥国籍法令"一案中，国际常设法院于1923年解释盟约第15条第8款如下："从一个观点来看，很可以说，一国的管辖在国际法所确定的限度内是专属的——国际法一词是用于其较广泛意义的，就是说，包括习惯法和一般及特别条约法。但是，仔细研究一下第15条第8款，就表明该款所提及的专属管辖并不是这样的意思。'纯属……国内管辖'这几个字所设想的，似乎勿宁是一些事项，这些事项虽然与一个以上国家的利益有密切关系，却在原则上并不是国际法所调整的。关于这种事项，每个国家是唯一判断者。

"某一事项是或不是只属一国的管辖的问题，在本质上是一个相对的问题；它决定于国际关系的发展。例如，在国际法的目前情况下，法庭认为，国籍问题在原则上是在这种保留范围之内的。

"为了本意见的目的，仅说明下述一点：可能发生这样一种情形，在象国籍那样在原则上不由国际法加以调整的事项上，一国的自由斟酌的权利却受其对其他国家可能承担的义务的限制。在这种情形下，原则上只属于国家的管辖就受了国际法规则的限制。这样，第15条第8款对于那些有权引用这些规则的国家就不再适用了，而关于一国是否有权采取某些措施问题的争端，在这些情况下，就成为具有国际性质的争端，而不在该款所包含的例外之内。认为一国没有专属的管辖，这并不妨碍对于该国是否有权采取这种措施问题作出最后的决定。"(《国际常设法院出版物，乙集》，第4号，第23页以下。)

这种解释是很有问题的。正如并没有什么事项按照其本身性质是"纯"属各国的国内管辖的一样，也没有什么事项按照其本身性质"在原则上"不是国际法所调整的。并没有什么"原则"使某些事项不能或者不应为国际法所调整。法庭承认，一个"在原则"上不为国际法所调整的事项，一旦为条约所规定，实际上就可能是国际法所调整的；这样，也就不再只属有关国家的国内管辖了。正如上面所指出的，甚至没有什么事项实际上不是由国际法所"调整"的，如果"调整"这一术语不仅用于积极的意义而且用于消极的意义。只有一些事项，习惯或约定国际法规范是未对一国设定按某种方式作行为的义务的。这样，而且只有这样，该事项才只属或专属——但不是在本质上——国家(接下页接)

但是，既然并没有什么事项按照其本身性质是"纯属〔一国的〕国内管辖"的，适用第15条第8款的不可避免的结果是与该款文字相抵触。如果两国之间有了争端，就是说，如果一国主张另一国作某种行为而另一国拒绝这一主张，那只有两种可能性。或者是有一个习惯或约定国际法规范对被告设定了遵照原告的主张作行为的义务；这样，产生争端的事项就不属被告的国内管辖。或者是没有这种习惯或约定国际法规范；这样，该事项就属被告的国内管辖。该事项并不是按照其本身性质属于国内管辖的，而是因为当时没有国际法规范确立各国对于产生争端的事项应按照某种方式作行为的义务，从而对该事项加以调整。如果一国依据国际法没有按照某种方式作行为的义务，那么，"按诸国际法"，它是自由的；依据国际法，它就有任意作行为的权利；其他国家就无权主张那个没有作某种行为的义务的国家作这种行为。因此，在提交行政院的案件中，当被告提到其国内管辖而拒绝原告的主张时，被告是对的，而原告主张被告作其并无义务去作的行为，则是错的。如果行政院发现该事项是"纯属〔争端一方的〕……国内管辖"的，行政院就会声称，按照实在国际法，前一国家是对的，而后一国家是错的。这意味着，行政院在实际上对这个案件作了决定，虽然按照第15条第8款，行政院对于该案件的解决甚至不应提出建议。

宪章第2条第7项与盟约第15条第8款在下述各点上有所不同：(1)对干涉的禁止不限于安全理事会对争端的干涉；这项禁止所涉及的是联合国组织的所有机关的任何活动，但依据第7章采取的强制措施除外。(2)禁止联合国组织干涉的事项不被表述

(接上页注)的国内管辖；这意思是说，国家在法律上对于该事项有任意作行为的自由。盟约第15条第8款相当正确地指出：一个事项是"按诸国际法"只属于国家的国内管辖的。

为“按诸国际法纯属”，而是“在本质上属于任何国家国内管辖”，在这里没有提到国际法。（3）按照盟约第15条第8款，关于一个事项是否只属一国国内管辖的问题，是由行政院决定的，而第2条第7项却没有给予安全理事会或联合国任何其他机关决定这个问题的职权。因此，该问题是由有关国家决定的。但是，如果一方将事项提交安全理事会或大会或国际法院，而他方主张该事项在本质上属于其国内管辖从而拒绝国际机关的管辖，这些联合国机关就有权答复关于该事项是或不是在本质上属于主张国内管辖的国家的国内管辖的问题。于是，就会产生这样的问题：该机关在决定这一问题时，是否受一方主张该事项属于其国内管辖的声明的拘束。这个问题可以作肯定以及否定的回答。在第一种情形下，任何国家可以提及其国内管辖而排斥联合国组织对任何案件的管辖。在第二种情形下，关于该事项是否在本质上属于有关国家的国内管辖的问题由联合国各有关机关斟酌决定。这两种解释中无论哪一种解释都不能导致令人满意的结果，因为并没有什么事项“在本质上”是属于一国的国内管辖的，正如并没有什么事项按其本身性质是“纯”属一国国内管辖的一样。用“在本质上”来代替“纯属”，以及完全不提及“国际法”，就有这样一种后果：即使国际法所调整的事项，例如，关于一项条约对一国设定一项义务的事项，也可以被宣布为“在本质上”——虽然不是“纯属”，也不是“按诸国际法”——属于主张属于其国内管辖的国家的国内管辖；这肯定是极其荒谬的结果。①

① 在其1950年3月30日关于“各和约〔对保加利亚、匈牙利和罗马尼亚各和约〕的解释”的咨询意见中，国际法院就大会请求法院发表咨询意见一事声称：“请求的目的……只在于请求法院对于对保条约第36条、对匈条约第40条和对罗条约第38条明文规定由各委员会解决争端的程序的可适用性是什么法律性质，作某些澄清。为了这个目的而解释条约规定，不能认为是在本质上属于

（接下页注）

即使是否有一项国际法规则在“国内管辖”的事项上对各争端国之一设定一项义务的问题是有争议的，把“国内管辖”的事项排除于国际组织的干涉之外也是没有理由的。因为如果这一问题是有争议的，而且如果争端各方不能取得协议，那么，除由国际机关决定外，就没有其他使争端得到和平解决的办法。按照宪章第2条第2项的第二部分，联合国可以依据第7章适用强制措施而对一个国内管辖事项进行干涉。在一国——不论是或不是联合国会员国——国内发生内战的情形下，这一点是特别重要的。但是，只有安全理事会依据宪章第39条已经事先决定该内战构成了国际和平的威胁，这种干涉才是可能的。

5. 国际法的定义

如果并没有什么事项按照其本身性质只属于或在本质上属于国家的国内管辖，就是说，并没有什么事项只能由国内法规范而不能由国际法规范加以调整，那么，不论什么事项就都能由国际法加以调整了。国际法秩序的属物效力范围也就是无限度的了。因此，就不可能用国际法的对象，即用国际法规范所涉及或其所调整的事项，来给国际法概念下一个定义。我们不可能把国际法界说为（象有些作者所界说的那样）调整各国的对外事务即各国间关系的规范体系，以别于调整一国的内部事务的国内法。任何内部事务如果成为一项国际条约的对象，就成为对外事务，即各国间的事务。说一项事务可以由国际法加以调整，因为它是对外事务，而一

（接上页注）

一国国内管辖的问题。它是一个国际法问题，这个问题按照其本身性质是在本法院的职权范围之内的。——这些理由也足以解决了以国内管辖原则为根据并且特别是针对本法院的职权所提出的反对意见，即：本法院作为联合国的一个机关，应该遵守宪章的规定，包括第2条第7款。（《国际法院报告》，1950年，第65页。）

项事务可以由国内法加以调整，因为它是内部事务，这是不正确的。相反，一项事务之所以是对外事务，即各国间的事务，是因为它是国际法所调整的；而一项事务之所以是内部事务，即一国内的事务，也就是“国内”事务，是因为（而且只要）它是只由国内法积极地加以调整规定的。

然而，如果人们可以把国际法界说为国家间法律，那是因为这个定义不涉及到国际法的特殊对象，而只涉及到创造国际法的程序。这种程序是以以下这个事实为特征的，即国际法规范是两个或两个以上国家的合作所创造的。约定以及习惯国际法都是这样。但是，国内法就其是国家行为所创造的而言，是一个国家的行为所创造的。但是，有一些国内法规范不是国家行为所创造的，例如，国内习惯法以及法律相互行为所创造的法律。

6. 专属的国际管辖

没有什么事项不能由国际法加以调整，但却有一些事项只能由国际法加以调整，而不能由国内法即一国的法律加以调整；国内法的效力只限于一定的领土及其居民。国际法的原初倾向，即所谓其首要职能，是决定国内法律秩序的属地、属人、属时和属物效力范围，从而对其加以调整的。这的确是只有国际法才能行使的职能。国内法作为一国的法律，作为其效力限于一定领土及居住在该领土的居民的法律秩序，是不能行使这种职能的。我们将在第三章里研究国际法的这种职能。

另一种只能由国际法加以调整而不能由国内法（就国内法被设想为一国的法律，即一种其效力只限于一定领土及其居民的法律秩序来说）加以调整的事项，是国际法的创造和适用，特别是条约的缔结、国际法庭的设立，等等。

国际法越来越表现出对原来只由国内法积极地加以调整的事

项加以调整的倾向，越来越对所谓各国的国内管辖加以限制的趋向。因为，所谓国内管辖的事项越来越受条约的调整。如果这些事项按照有关条约同时由国内法规范加以调整，我们就面临着国内法和国际法的同时存在的职权。我们可以这样表述，这种现象的特征是法律国际化、由国际法决定国内法规范的内容，或者以条约所创造的国际法来代替国内法的不断增长的倾向。

第三章 国际法的主要职能：国际法律秩序决定国内法律秩序的效力范围（国家的法律存在）

前面对国际法的效力范围的考察业已表明，国际法由于使作为国家机关的个人承担义务并享受权力，从而使各国承担义务并享受权力，而让各国内法律秩序去决定这些个人。国际法直接使个人承担义务和享受权力的情形，只是例外。国际法规范多数是不完全的规范；它们需要国内法规范来完成。国际法律秩序是以国内法律秩序的存在为前提的。没有国内法律秩序，国际法律秩序便是一种无法适用的支离破碎的法律秩序。所以，国际法规范的意义是本来就要参照国内法的。在这个意义上，国际法律秩序是委托各国内法律秩序去完成其自己的规范的。

如果我们就现行国际法规范所调整的事项来考察现行国际法规范，我们便能够区别两类不同的规范：（一）那些关于只能由国际法实在地加以调整的事项的规范，这种事项不允许由被认为是一国法律的国内法来调整——国内法的效力只限于一定领土和该领土上的居民。这些规范表现出国际法的主要职能。（二）那些关于也能由国内法加以调整的规范，而且只要习惯或约定国际法对这些事项并未实在地加以调整，就是说，并未确立有关这些事项的义务（例如，关于取得和丧失公民籍的规范），这些事项实际上是只由国内法加以调整的。后一类规范可能是国际法规范；前一类则必定是

国际法规范。

当一些规范由于涉及到按照其本来性质不能由国内法加以调整的事项而被归于那些必定为国际法规范的一类时，这是以关于国际法与国内法之间关系的某种假定为前提的。这种假定就是：国际法高于国内法。这种假定的意义，以及相反地认为国际法并不高于国内法而只有作为国内法一部分才有效的假定的意义，将在本书最后一章里加以讨论。但是，即使不认为国际法高于国内法，即使认为因为国际法只有为国家所承认（或者说，在国家的法律中得到承认）才是有效的，所以国际法只有作为国内法的一部分，才是有效的，也必须承认，作为义务、责任和权利主体的国家是受法律支配的——不论该法律是国际法还是“其自己”的国内法。如果我们认为国家是一种社会秩序，而且这意味着是一种法律秩序，即国内法律秩序，我们必须承认，这种国内法律秩序的效力范围是国际法律秩序所决定的，不论国际法律秩序被假定为高于国内法律秩序，还是作为国内法律秩序的一部分。如果认为国际法只有作为国内法的一部分才是有效的，那么，就有必要区别国内法律秩序的两种规范：一种国内法律秩序的规范，它们是国际法，而另外一种则不具有这种性质，因而是狭义的、特殊意义的国内法（不包括国际法）。这样，狭义的国内法的效力范围是国际法（作为广义的国内法的一部分）所决定的。

在考察所谓国家的要素时，我们将看到，各国存在的范围，至少在属地和属人方面，是被划分开来的。每一个国家只能主张一部分空间是“其领土”，而且只能主张人类的一部分是“其人民”，一国干涉另一国的属地或属人范围——例如，未经同意而在另一国领土上作强迫行为，或强制另一国公民服兵役——是作为对他国“权利”的“侵犯”而被禁止的。进一步的考察表明，国家在时间上的存在和其法律所调整的事项也是一种规范性秩序所决定的。国家的存

在的这样规范性划分，或者说，国际规范性秩序对国内法律秩序的效力范围的决定，甚至也是那些否定国际秩序的法律性质的人们所承认的。只有这种规范性划分才使下述情况成为可能：各国被认为是作为平等的主体而彼此共存的，是平等地受一种国际秩序支配的。

这样划分是国际法的特殊职能。事实上，对国内法律秩序的属地和属人以及属时和属物效力范围加以决定的，是国际法。调整这些事项的规范在本质上而且必然是国际法规范。

第一节　国际法决定国内法律秩序的属地效力范围（国家领土）

1. 国家领土作为国内法律秩序的属地效力范围

传统学说把国家的三个"要素"识别为：领土、人民和由一个独立的和有实效的政府行使的权力。人们认为，一国占据一定范围的领土，是国家的本质。被认为一个社会单位的国家似乎也包含有一个地理单位的意思：一个国家，即一块领土。但是，进一步的考察表明，国家领土的统一性并不一定就是自然地理的统一性。一国领土并不一定是一整块土地。这种领土被标为"整体领土"。国家领土可以是"分裂的"。有时，属于同一国家的领土，是空间的若干部分，其在地理上并不连接在一起，而为属于他国的领土或不属于任何国家的领土所隔开。一国的殖民地属于该国的领土，而该国与其殖民地之间可能为海洋所隔开；完全为他国领土所包围的所谓"圈地"也属于一国的领土。这些在地理上不连接在一起的地区，只要同一法律秩序是对所有这些地区都有效，就形成一个统一体。国家领土的统一性，因而国家的属地统一性，是法律的统一性，而不是自然地理的统一性。因为，一国的领土在法律上只不过是被

称为国家的国内法律秩序的属地效力范围。

被称为国家的规范性秩序，是以这样的事实为特征的，即其属地效力范围是有限度的。这就使它们与其他社会秩序有所区别，特别是与国际法有区别；国际法自认是到处有效的，其属地效力范围是无限度的。

把称为国家的强迫性秩序的效力范围限于一定的领土，意味着这种秩序即国内法律秩序，必须按照国际法将其所规定的强迫行为限于——在原则上——该领土，即国家的领土。某一国家的法律秩序的一般或个别规范规定在另一国领土内作强迫行为并由前一国机关执行该规范，在实际上，并不是不可能的。但是，如果一国制定或执行了这样的规范(未经他国同意)，该规范的制定及其执行，也就是说，在他国领土内作强迫行为，将是非法的。这些行为所侵犯的法律秩序是国际法。因为，决定并且从而对国内法律秩序的属地效力范围加以划分的，是实在国际法。如果它们的属地效力范围不在法律上加以划分，如果各国没有固定的疆界，那么，各国内法律秩序，而且这就意味着许多国家，就不可能在共存的情况下而不发生冲突。

上面已经指出，国内法律秩序的属地效力范围的这种划分，也就是说，将国家的法律存在限于——至少在原则上——其疆界之内的一个空间，是属于规范性的。国家领土并不就是国家实际上作行为，特别是作强迫行为的地区。国家在某一领土上作行为，并不使这一领土就成为作该行为的机关所属国家的领土。一个国家的行为可能是非法地在他国领土内作出的。国家领土是一般国际法允许国家作行为，特别是作强制行为的空间，即国家可以合法地作行为的空间。

但是，作为例外，一国可以合法地在另一国领土上作行为，特别是强迫行为。这种情形是：(一)如果特别国际法、即与他国缔结

的一项条约授权一国在该领土上作该条约所决定的某种行为；(二)如果一国在战时占领敌国领土的一部分。这样，一般国际法就授权占领国在被占领地上作国际法所决定的某种行为，而被占领地并不因此成为占领国的领土。所以，我们可以把国家领土界说为一般国际法授权一国作该国国内法所规定的一切行为的空间，或者说，一般国际法授权一个国内法律秩序所决定的机关执行这个秩序的空间。国际法律秩序决定国内法律秩序的效力如何被限制于一定空间以及这个空间的界限在哪里。

2.国内法律秩序的属地效力范围的限制

国际法律秩序将国内法律秩序的效力限于一定空间——即所谓的国家领土，并不意味着国内法律秩序只被授权规定这个空间内所发生的个人行为。这种限制所涉及的首先是国内法律秩序所规定的强迫行为和导致这些行为的程序。

法律是通过对相反行为即对不法行为附以制裁而调整人的行为的。但是，不法行为不是——正如上面所指出的——制裁的唯一条件，例如，在一个典型的民事不法行为的情形下，必须先订立有一项合法的相互行为，即一项契约，然后不履行这项契约才构成不法行为。按照国际法的一项公认规则，在一国领土上的一切个人都是受该国法律支配的。所以，该国法律在原则上可以对于不法行为(以及其他作为条件的事实)附以制裁，使该国家领土上的个人遭受制裁，而不问不法行为和其他作为条件的事实是在什么地方发生的，除非一般国际法的其他规则在这方面有某种限制。这些其他规则就是使国家承担以某种方式对待另一国公民的义务的规范。关于一国法律所可以附以制裁的不法行为和其他作为条件的事实的地点，该国公民和另一国公民之间是有区别的。对于本国公民，没有任何限制。依据一国的法律，对该国公民在外国领土上

所作的任何不法行为都可以加以制裁。但是，有某些事实和作出的某些行为在一国领土之外发生，该国不应规定为制裁的条件，如果不法行为是另一国公民所作的。例如，如果一国法律对另一国公民设定纳税的义务，换句话说，对——譬如说——外国人在其国领土上的不动产不交税规定了制裁，或者，如果一国法律对按照另一国法律并非犯罪的行为，例如重婚，附以惩罚而该行为是另一国公民在另一国领土上所作的，那是违反国际法的。对该外国人进行审判和惩罚可以被其本国认为侵犯了该国的权利。但是，并没有任何明确规则对这些情形作出决定。特别是关于各国对外国人在国外犯罪的管辖权，国际法作者的意见是不一致的。有些作者主张，国家惩罚在其领土外所犯罪行的职权只限于对其本国公民的惩罚。但是，这种看法并不符合各国的实践。可以认为，一国对在其领土外另一国公民所犯的罪行是有管辖权的，至少（一）如果所作的行为是准备和参加在主张管辖权的国家内所已犯或谋犯的共同罪行；或者（二）如果主张管辖权的国家的臣民遭受这些行为的损害；或者（三）如果这些行为是针对该国家本身的安全的。①

① 参看奥本海，同上书，第1卷，第147目。在"喀丁"一案中（摩尔：《国际法摘要》，第2卷，第228页以下），墨西哥法院（1886年）对一名美国公民行使刑事管辖权，理由是该美国公民曾在得克萨斯发表一篇文章，据说对一名墨西哥公民进行了诽谤。报纸不是在墨西哥刊行的。尽管美国政府提出意见，墨西哥法院却坚持有管辖权，并经墨西哥政府的行政部门依据墨西哥法律予以核准，该法律规定，"外国人在外国对墨西哥人…所犯的刑事罪行，得在共和国〔墨西哥〕内按照共和国法律予以惩罚"，但条件是："被告是在共和国内的，而不论他是自愿进来的还是按照引渡程序交来的"。但1899年美国和墨西哥所缔结的引渡条约第3条规定："缔约每一方同意，对于完全在另一方领土内犯罪的惩罚，不行使管辖权。"

在"荷花号"一案中（《国际常设法院出版物，甲集》，第10号），国际常设法院1927年表示这样的意见：并没有任何国际规则禁止一国对在其领土外犯罪的外国人行使管辖权。"说在一切法律体系中属地性原则是刑法的基本原则，是

（接下页注）

就一国的刑事管辖权的行使，特别是刑事制裁的执行而言，公民和外国人之间肯定是没有区别的；在一切情形下，刑事制裁都必须在行使管辖权的国家的领土上执行。

说国家的法律权力只限于其自己的领土，并不意味着任何国家的行为在法律上都不得在国家领土外作出。在原则上，这种限度所涉及的是广义的强迫行为，也包括强迫行为的准备在内。但是，未经另一国同意，这些行为就不应在另一国领土上作出。未经同意，它们就构成违反国际法的行为。但是，有些国家的行为可以不征求另一国的同意而在另一国领土上作出。例如，国家元首在其停留外国期间，可以在有关文件上签字以缔结条约、颁布法律或任命官员，而这一切并不侵犯其正在访问的国家的权利。但是，如果他使其警察在其访问的国家的领土上逮捕其一个臣民，他就违反了国际法。但是，在国家领土上所作的需要该国同意的国家行为和不需要该国同意的国家行为之间，是无法划出明显的界线的。

（接上页注）

正确的，但是，同样正确的是，所有或几乎所有这些法律体系都将其行动推广到在采取这些体系的国家的领土以外所犯的罪行，而且它们是按照各国的不同方式推广的。因此，刑法属地性并不是国际法的一项绝对原则，也并不是与领土主权完全相一致的”（第20页）。但在一个异议意见中，法院的一位法官声称：“一国无权以据说外国人违犯法律为理由对外国人加以惩罚，如果外国人在据说犯罪时是完全不受该法律的支配的。”

在“关于贝约”一案中（法国最高法院刑事庭，1923年；《年摘，1923—1924年》，第54号案件），比利时人贝约被控在第一次世界大战期间曾在比利时替德国当局收买各种金属和物品，并且为了大量报酬而协助德国军官和警察发掘物品所有人所隐藏的物品。根据这些罪名，他在法国被逮捕、控诉并判罪。法院判称：“即使主权权力所产生的惩罚权在原则上是不超过领土范围之外的，但刑事法典第7条所规定的情形却包含一项相反的规则，这项规则以正当防卫的权利为根据，给予法国法院以管辖权，受理在法国被捕的外国人在法国领土外所犯的旨在破坏国家安全的罪行。……”

3. 狭义和广义的国家领土

1. 国家疆界：实效原则。 在作为国内法律秩序的属地效力范围的所谓国家领土内，也就是，在一般国际法授权某一国执行其国内法的空间内，我们应当区别狭义和广义的国家领土。狭义的国家领土是一个空间，在该空间内，原则上只有一国（即该领土所属的国家）有权行使其法律权力，特别是作强迫行为；也就是所有其他国家都被排斥在外的空间。它是这样的空间，按照一般国际法，对于它只有某一国内法律秩序被授权发令作强迫行为的空间，也就是只有这个秩序所规定的强迫行为才能得到执行的空间。它就是所谓国家疆界内的空间。

国家的疆界是按照实效原则决定的，这项原则在国际法上起着重要的作用。按照国际法，一个国内法律秩序的排他性效力推广到这个秩序已经牢固确立的地方，也就是这个秩序整个说来有实效的地方；这种效力推广到该国内法律秩序被永久服从和适用的地方。

传统的理论对"自然"疆界和"人为"即法律疆界作出了区别；但是，一国的疆界总是具有法律性质的，不论其是否与"自然"边界——如河流和分水岭——相一致。以水流为边界的所谓自然疆界是各种各样的；有江河、湖泊、内陆海和领海。

2. 领土的取得。 一国的疆界可以由条约来决定。按照实效原则确立的现有疆界可以由这种条约予以确认。但是，新的疆界也可以由条约来确立，如割让条约。这种条约给予受让领土的国家即受让国以对抗让与国的法律所有权。前一国依据割让条约取得占有被割让领土的权利，也就是将其法律秩序的效力和实效推广到该地区的权利。但是，在受让国实际上占有被割让领土以前，被割让领土仍不失为割让国领土的一部分，而还不成为受让国领土

的一部分。如果割让国违反其条约义务，拒绝从被割让领土撤退，它便是作了国际不法行为，而且一般国际法就授权受让国对不法行为国采取强制行动，但是，该领土仍为不法行为国的领土，而并未发生领土的变更。这种法律情况同国内法的情况相差不多，如果国内法对于财产的转让，要求在买卖契约之外取得有实效的占有的话。

一国用构成违反国际法的行为，不仅可以保有领土，而且可以取得领土。许多作者在提到所谓时效的情形时，也就是一国在一定时间内不受干扰地占有一块领土的情形时，都承认这一点。这种领土被认为在法律上是占有国的领土，即使它是用非法行动取得有实效的占有的。这也是实效原则的一种适用。

以非法行为取得领土，也可以在所谓征服的情形下发生。如果一国在战争期中占领敌国领土并完全战败了敌国以致后者不可能再进行抵抗，战胜国就可以——在已经对被征服领土上巩固地成立其统治以后——把该领土合并于其领土内。未经合并领土的所有国的同意而发生的领土合并，被称为兼并。战胜国兼并被征服国的领土的目的可以是永久合并，或是嗣后加以处分，例如割让给第三国或在该领土上建立一个新国家。不论征服国的目的何在，被兼并领土在法律上成为征服国的领土，即使战胜国对战败国所进行的战争是非法战争，而且对被征服国的兼并是国际不法行为。这种领土变更所依据的，又是作为国际法原则的实效原则。

实效原则在一国由于占领而取得不属于任何国家的领土（无主领土）的情形下表现得特别清楚。只有占领是有效的，就是说，只有有关国家真正地占有该领土并在该领土上成立某种行政，这种占领才具有取得领土的效果。现在，一般都承认，单纯发现一块领土，并不产生所有权。有些作者主张，单纯发现产生"初步的"所有权，这意味着，在为了发现领土后确立有实效的占有所必要的时

间内，其他国家在法律上不得占领该领土。①

实效原则在一般国际法上比在国内法即一国法律上更为流行。这是因为，在一个集中化的强迫性秩序下，法律共同体的中央机关所行使的行政权力可以进行干预以维持一种法律情况，并在这种法律情况被非法变更时恢复这种法律情况。在特别的约定国际法所确立的一个集中化的、有实效地保障各缔约国的领土完整的国际共同体内，情况可能也是这样。依据一般国际法，国家有义务尊重其他国家的领土完整，但是，这种义务的违反却并不排除法律情况发生变更的可能性。有些作者所主张的原则——“权利不能来自非法行为”——在国际法上是不适用的，或者说，其适用不是没有重要的例外的。

3. 领土最高权。说一国疆界所包括的领土在法律上是属于这

① 在“巴尔玛斯岛仲裁”一案中(《美国国际法杂志》，第22卷〔1928年〕，第867页以下)，仲裁人声称：“领土主权权利的取得，在当前国际法上，是以有实效的掌握行为——如占领或征服——为根据的，或者象割让那样，是假定割让国和受让国或至少其中一国具有有实效地处分被割让领土的能力的。同样，自然添附只能被设想为这样一块领土的添附，即在该领土上存在有一种实际主权，这种主权能够推广到在其活动范围内的任何一个地点。因此，在主权的延续中不应缺少主权构成所必需的要素，这似乎是很自然的。这一点是那样的真实，以致实践和学说都承认（虽然用不同的法律公式而且在所要求的条件上有些不同）：不断地和和平地显示领土主权（对于其他国家是和平地）是象所有权一样有效的。自18世纪中叶以来，国际法越来越坚持要求占领应是有实效的，如果只对取得行为要求实效而对于权利的维持却不同样要求实效，那将是不可理解的……在一定地区内不断地和和平地显示国家的职能，是领土主权的一个组成要素，而这项原则不仅是以各独立国家及其疆界形成的情况（象政治史的经验所表明的那样）为根据的，也是以被广泛接受的国际判例和学说根据的；而且这项原则还为不止一个联邦国家所承认，在这些联邦国家里，确立了一种管辖权，以便于需要时将国际法规则适用于各成员邦之间的关系。”又见“克里波顿岛仲裁”一案。

一国家的，或者——象通常所表述的那样——说该领土是在这个国家的领土最高权或主权之下，这是意味着：在该领土上的一切人在原则上都受该国的支配，而且只受该国的法律权力的支配"，这并不意味着，领土是国家的财产。财产是一个人（或一群人）和所有其他人之间对于一个物的特殊关系。这种关系的本质是，财产所有人有处分该物的权利，而所有其他人有不干涉其处分的义务。这种关系通常是国内法所确立的；它是在国内法下一种个人之间的关系。某一领土"属于"某一国家的说法并不指明有任何这种关系。"国家领土"是一种形象的说法，指明国内法的某种性质——国内法的属地效力范围——而并不指明在国内法下一种个人之间的关系。国家领土不是一个物；它特别不是土地或一块土地；它是国际法所决定的一个空间。在这一空间内的土地财产，可以是或者不是作为法人的国家的财产。但是，一国不仅可以在其自己的空间内，即在其自己的法律的属地效力范围内，或在其自己的领土最高权或主权下，拥有土地，而且可以在他国领土内，即在他国的领土最高权或主权下，拥有土地。

国家领土是国家财产这一不正确的观念，其来源可能是这样的事实，即国际法使国家享有一些权利并使其他国家承担一些义务，而这些权利和义务与财产所包含的权利和义务有某些类似之处。一切国家都有尊重他国的所谓领土完整的义务，这就意味着，它们有义务不在作为他国的"领土"的空间内作某种行为。国际法给予每一个国家以处分其领土的权利。依据国际法，对于国家疆界内的领土，只有该国家才有权处分，这意味着，按照一般国际法，只有国内法律秩序的机关才有权订立国际法律相互行为，即涉及作为该国内法律秩序的属地效力范围的领土的行为。这些法律相互行为具有这样的效果：其他国家（或国际共同体）取得了在该空间内或该空间的一部分内行使某些或甚至全部国家职能的权利。如果

一国给予另一国以在前一国领土的一部分内永久地行使全部国家职能的权利，包括将这项权利转让给其他国家（即处分该领土）的权利，我们称其为割让。如果一国所给予另一国的在其领土一部分内行使全部国家职能的权利只限于一定的期限而且不包括将此项权利转让给其他国家的权利，那么，这所确立的只是领土的租借。其他关于一国的领土或领土的一部分的国际相互行为是：将领土（或领土的一部分）置于联合国托管制度下（或从前在国际联盟的委任统治制度下）的条约；一国给予另一国在其领土上建筑防御工事或驻扎军队的权利的条约；① 等等。

4. 国家的"不可渗透性"。 下述一项原则，即国内法律秩序对某一领土、即对狭义的国家领土有排他的效力，而且在该领土内一切个人都只受这一国内法律秩序或这一国家的强迫权力的支配通常是用这样一种说法表示出来的，即：在同一领土上只能存在着一个国家，或者说——借用物理学上的词语——国家是"不可渗透的"。但是，这项原则有一些例外。某些居留在一国领土上的个人，

---

① 例如，1951年9月8日，美国和日本在旧金山签订的条约规定如下："第1条，在和约和本约生效之日，由日本授予、并由美利坚合众国接受在日本国内及周围驻扎美国陆、空、海军的权利。此种军队得用以维持远东的国际和平与安全和日本免受外来武装进攻之安全，包括根据日本政府的明显要求，为镇压由一个或几个外国之煽动和干涉而在日本引起的大规模暴动和骚乱所给予的援助。第2条，在第1条所述之权利被行使期间，未经美利坚合众国事先同意，日本不得将任何基地给予任何第三国，亦不得将基地上或与基地有关之任何权利、权力或权限，或陆、空、海军驻防、演习或过境的权利给予王任何第三国。第3条，美利坚合众国之武装部队驻扎日本国内及周围的条件应由两国政府之间的行政协定决定之。第4条，美利坚合众国和日本政府一经认为已有联合国之办法或其他单独或集体安全的布置，可由联合国或其他方面圆满维持日本地区的国际和平与安全时，本条约即应停止生效。第5条，本条约应由美利坚合众国和日本批准，在两国于华盛顿互换本条约之批准书以后开始生效。"

按照一般国际法，不受该国的法律权力、特别是该国的强迫权力的支配，这些个人享受所谓治外法权的特权。这个问题将在研究国内法律秩序的属人效力范围时加以讨论，国内法律秩序的属人效力范围也是受这种特权限制的。如果一国由于一项条约使另一国有权在前一国领土上行使某些职能，特别是作强迫行为，即一些如果未经条约规定即为一般国际法所不允许的行为，那么，所限制的只是国内法律秩序的属地效力范围，或者说，在一国的领土上存在着另一国。在战时，一般国际法甚至容许一国在其所军事占领的外国领土上（交战占领）采取强迫行为。

另一个例外是两个（或两个以上）国家对同一领土行使所谓"共管"。对该领土有效的法律秩序是各共管国家的法律秩序的共同部分。这个法律秩序的规范是各共管国家之间的协议所确立并由这些国家的共同机关来适用的。共管领土是这些国家的共同领土，是其国内法律秩序的共同属地效力范围。

联邦国家有时被作为另一个例外：有人争辩说，每一个成员邦的领土同时是联邦国家的领土的一部分。但是，联邦国家的所谓成员邦并不是国际法意义上的国家；而且，甚至在其具有有限度的缔结条约的权利时，它们从来就无权用这种条约给予其他国家以领土权利。

5.领海。 狭义的国家领土，即在原则上只有一国被授权行使其法律权力的领土，应区别于容许一切国家在某些限制下行使其法律权力、实行其国内法所规定的强迫行为的地区。这种地区就是公海和由于在法律上不属于任何特定国家而具有无主土地的性质的领土。

公海是位于领海以外的海洋部分。领海是接连一国的海岸而在该国的有效控制下的海洋部分。领海属于沿岸国家，这是国际法的一项规则，甚至为格老秀斯所承认；格老秀斯主张"对一部分

海洋的主权”是“在那些航行于沿岸海洋部分的人们可以从陆地加以控制的范围内用取得领土的方法”取得的。①宾刻秀克《海洋统治论》一书中被经常引用的一句话中表述了这项规则；② 这句话是：“对陆地的统治终止于武器力量终止的地方。”其结论是：“陆地对海洋的统治是以大炮的射程为止境的”。这被认为是自低潮点算起 3 浬的距离。③ 关于 3 浬规则决定最低限度距离的问题，在19世纪和 20 世纪初为人们所公认。许多国家主张对更宽地区的最高权；而有些作者则提倡每一国家有权为自己决定领海范围的学说。目

① 格老秀斯：《战争与和平法》(1625 年)，第 2 篇，第 3 章，第 13 节。在“科孚海峡”一案中，国际法院(1949 年)(《国际法院报告》，1949 年，第 4 页)判称：“阿尔巴尼亚人民共和国依据国际法应对 1946 年 10 月 22 日在阿尔巴尼亚领海内发生的爆炸事件和由此而引起的人员伤亡负责。”法院认为，“引起 1946年10月 22 日触雷爆炸事件的布雷区，如果阿尔巴尼亚政府不知道，是不可能建立起来的”。法院认为，阿尔巴尼亚违反了其“为了一般航运的利益，〔通知〕阿尔巴尼亚领海内有布雷区”并对驶近的英国军舰提出有严重危险的警告的义务。法院以“每一个国家有不得故意允许其领土被利用作违反他国权利的行为的义务”作为阿尔巴尼亚负责的根据。法院因此声称，阿尔巴尼亚领海就是阿尔巴尼亚国家的领土。因而，法院认为，英国军舰“不顾阿尔巴尼亚政府的明示意见”而于 1946 年 11 月 12 日和 13 日实行扫雷活动，是对阿尔巴尼亚主权的侵犯。法院判称：“由于在 1946 年 11 月 12 日和 13 日的活动时英国海军在阿尔巴尼亚领海内的行为，联合王国侵犯了阿尔巴尼亚人民共和国的主权，而法院这一宣告本身就构成适当的赔补。”

② 宾刻秀克：《海洋统治论》(1702 年)，第 2 章。上引一句话的下文如下：“因为那是我们似乎既能控制又能占有的范围。但是，我说的是我们的时代，在这个时代里，我们所使的是那些武器；否则，我就要说，从一般而论，陆地的控制终止于人们的武器力量终止的地方；因为，我们已经说过，正是这一点保证了占有。”

③ 在“安娜号”一案中(《罗宾逊报告》第 5 卷，第 37 页)，英国高级海军法院(1805 年)判称：“我们都知道，关于这个问题的法律规则是，‘陆地的统治终止于武器力量终止的地方，而且自有火器以来，那个距离往往被认为是自海岸起大约3 浬。”

前，3浬规则肯定是过时了。但是，下述原则却仍然有效，即领海不得超过沿岸国家所能行使有实效的控制的海洋部分。①

上面已经指出，领海是沿岸国家领土的一部分。但是，一般国际法对沿岸国设定在平时允许一切其他国家的商船无害通行的义务。对于军舰是否有这种义务以及这种义务的范围如何，是有争论的。例如，奥本海主张一项规则，该规则，使各沿岸国家承担义务，允许外国军舰无害通过领海中那些成为国际交通大道的部

---

① 在"艾立达号"一案中（德国帝国最高捕获法院，1915年；《最高捕获法院判决》，第1卷，第9页），运载木材货物的瑞典船艾立达号，由于据说是运载禁制品的，在瑞典海岸4浬内但在3浬限度外被德国鱼雷艇拿捕。捕获法院在其意见中声称："诚然，相当多国家一般地或在某些法律权利方面，用国内法将其领土管辖权推广到3浬限度以外。特别是瑞典和挪威，它们把其领水推广到4浬的距离。许多其他国家在这方面甚至推得更远。但是，对德意志帝国有效的，因而应由捕获法院加以考虑的特殊国际权利并不存在，因为直到现在为止，瑞典的主张只为挪威政府所承认。按照德国外交部提供的官方情报，德国特别在1874年举行的关于这一问题的讨论中并没有接受瑞典的观点，而把领海问题看作一个悬而未决的问题，当时英国则坚持3浬的限度。同样，在1897年，当瑞典政府就渔业管辖权问题致文德国驻斯德哥尔摩使馆时，德国政府只限于不反对瑞典关于渔业4浬界线的主张，而这一海洋地区的战时中立化问题是并不因此而受影响的。因此，在这些情况下，判决必须以德国捕获条例为根据，该条例第3(甲)点禁止在中立国沿海从低潮点起限于3浬的地带内适用捕获法。"但是法院否定捕拿的合法性，因为货物并不是禁制品。

在"巴拿马共和国(国家航运公司)诉美国"一案中（美国和巴拿马一般求偿委员会，1933年，洪特：《美国与巴拿马仲裁报告》，[1934年]，第812页），委员会声称："主权推广到3浬地带的一般规则显然得到了确立。对该主权的完整性的例外应有显明的权威予以支持。显然占优势的权威认为，这种主权是受所谓无害通行权限制的，而且这种限制禁止主权者在实际上阻止外国商船无害通过其领海。——并没有显然占优势的权威认为这种船舶在通过领海时是享有民事逮捕豁免权的。既然没有这样的权威，委员会就不能说，一国依据国际法规则不得主张在民事程序中逮捕通过其领水的商船的权利。"

分。① 在一国领海内停泊的外国商船是在该国的管辖权之下的。不停留而只通过领海的商船是否在沿岸国的管辖权之下，是有疑问的。② 但是，人们一般都承认，军舰和其他公船总是享有这种管辖权豁免的。③

与一国领海不同的是该国的内水，即在其湖泊、运河、河川及河口和港口内的水域。内水在法律上属于狭义的国家领土。一国对于其内水是不受一般国际法的任何限制的。但是应该指出，一国的领海以及内水只能连同与其相接连的陆地一起被割让，它们是陆地的附属物。

6.公海。 公海是任何国家都有权采取任何行动的区域，即

① 参看奥本海，同上书，第1卷，第188目。——在"科孚海峡"一案中，国际法院没有考虑到"国家依据国际法是否有权在平时派遣军舰通过不包括在一个海峡内的领海的权利"的一般性问题。但是，法院声称："法院的意见是，一般都承认，而且按照国际习惯，各国都有权在平时不经沿岸国事先同意而派遣其军舰通过用于国际航行的海峡，但以通过是无害的为限。除国际公约另有规定外，沿岸国是无权禁止在平时这样通过海峡的。"

② 海牙逐渐编纂国际法会议的最后文件（1930年）包括下述关于船舶在通过领海时的刑事和民事管辖权的规则：第8条，沿岸国不得由于外国船舶在通过领海时在船上所犯的任何罪行，而在通过领海的该外国船舶上采取任何逮捕任何人或进行任何调查的步骤，但只有下列情形除外：（一）如果罪行的后果超出该船舶以外；或（二）如果罪行是一种扰乱该国的和平或领海的良好秩序的罪行；或（三）如果该船船长或该船船旗国的领事请求地方当局协助。第9条，沿岸国不得为了对船上一个人行使民事管辖权而逮捕通过领海的外国船舶或强迫它改变航线。沿岸国不得为了任何民事诉讼而对船舶实行强制执行或加以拿捕，但关于船舶在通过沿岸国领海的航行中或为航行的目的而负有的义务或债务除外。

③ 在"比利时国会号"一案中（1819年《法律报告》，第4卷，遗嘱庭，第197页以下），英国上诉法院判称："属于外国主权者并在其所委派的官员的手中而且用以运载邮件的一只无武装邮船〔比利时国会号〕，在因碰撞而要求损失赔偿的对物诉讼中不应予以扣押，而且也不因该邮船被租用运载客货而失去这种豁免权。"

任何国家都有权在本国船舶上、即在合法悬挂该国旗帜的船舶上行使其管辖权——特别是强迫权力——的区域。人们通常是这样描述船舶在公海上的法律情况的：它应被认为其本国的浮动部分。这意味着，公海上的船舶是在该船舶合法悬挂其旗帜而航行的国家的专属管辖权之下的。专属管辖权意味着，任何其他国家都无权，而只有船旗国才有权，在合法悬挂其旗帜的航行的船舶上行使强迫权力。把船舶认为是其本国的浮动部分，还意味着，船旗国的国内法可以规定，船上发生的任何事情都应被认为象在船旗国领土上发生一样，如婴儿出生、法律相互行为、罪行等等。①

一国在公海上所拥有的管辖权，就该管辖权不得在外国船舶上或对外国船舶行使而言，是受限制的，特别是一国船舶的船员不应在另一国船舶上或对另一国船舶作强迫行为。但这项规则有一些例外。在某些情况下，一国通过其军舰可以对公海上其他国家的船舶使用武力：(一)一个沿岸国被允许追逐曾在其领海内犯法的外国商船直到公海，并将该商船拿捕，以便交付审判；(二)每一个国家被允许将非法挂着其旗帜航行的外国船舶拿捕并交付审判；(三)交战国被允许拿捕破坏封锁或运载禁制品的中立国商船

① 在"国王诉戈登——芬雷逊"一案中(英国高级法院，国王分庭：《年摘，1941——1942年》，第67号案件)，在一个英国法院上发生这样一个问题：1881年英国军法上关于"一个受军法支配的人员不应因在联合王国犯叛国罪、谋杀罪、过失杀人罪、叛逆罪而受军法审判"的规定，是否适用于公海上在一只英国船上英国军队一名军官所犯谋杀罪的案件。法院(1941年)判称，被断言的罚行不是在联合王国内犯下的，因为公海上的英国船舶并不是军队法第41节所规定的联合王国的一部分。法院说："…正是因为有必要使某一法院对在英国船上所犯的罪行有管辖权，因而曾经认为，而且许多年已经成为法律的是：虽然该人员不在英国犯罪，但在上述情况下，法院是有将其看作在英国犯罪一样而加以审判的管辖权的；理由是：他是被断言在一只英国船上犯罪的，而在英国船上的一切人都是在英国的旗帜保护之下的，这就给英国臣民带来了一些权利和特权以及对英国法律应负的责任。"

并交付审判；(四)最后，一切国家都被允许，通过其军舰或合法地挂着其旗帜航行的任何其他船舶拿捕海盗船，以便使海盗受到惩罚。

除了这些例外以外，任何国家在公海上对另一国使用武力，就是说对另一国家的船舶使用武力，是不允许的。所以，任何国家在法律上都不能占领公海的一部分，将该部分保留专供自己使用，而阻止其他国家建立渔业或敷设电报线或电话线等。这些规则构成胡果·格老秀斯所宣布的所谓"公海自由"，他主张，海洋按照其本身性质是不能作为一国的财产的。① 在近代国际法学说中，公海自由是依据这样一项原则来表述的，即公海的任何部分都不能受任何国家主权的支配，因而不能通过占领而合并于任何国家的领土之内。这并不意味着，各国不能在公海上行使其"主权"或法律权力。相反，一般国际法授权每一个国家在公海上行使其"主权"或法律权力，也就是说，授权其在公海上执行本国法律，特别是在公海上作强迫行为，但是只能在其本国船舶上，而不能——有某些例外——对其他国家的船舶采取这种行为。公海是一切国家的领土，而不是一国专有的领土，不是一个国内法律秩序的专有的属地效力范围。它是一个空间，在这个空间上，不同的国内法律秩序的属地效力范围彼此渗透着。

① 胡果·格老秀斯：《海洋自由论》，1608年，(英文译本：《海洋自由论》，卡尼基国际和平基金会版，1916年)第5章："从前此所说的，可以得出两个结论。第一，不能被占领的、或从来未被占领的东西不能成为任何人的财产，因为一切财产都是来自占领的。第二，自然所构成的虽供某一个人使用但仍供所有其他人共同使用的一切东西，今天是而且应当永远是处在自然第一次创造它的时候的同样情况之下。……根据这两个理由，空气属于这一类的东西。第一，它是不能加以占领的；第二，它是注定供一切人共同使用的。根据同样的理由，海洋是大家共有的，因为它是无限度的，从而不能成为任何人的占有物，而且还因为它是适于供一切人使用的，不论我们是从航行或从渔业的观点来考虑它。"

7. 无主土地。 不属于任何国家的领土，就每一个国家都可以在该领土上象在其本国领土上、即在其本国疆界内的领土上一样行使其法律权力而言，具有类似公海的法律地位。但是，其间有一个主要区别：无主土地可以由任何国家通过有实效的占领，就是说按照实效原则，在法律上予以取得。①

8. 地下土和空气空间。 国家领土通常被认为是地球表面的一定部分。这种观念是不正确的。国家领土作为国内法律秩序的属地效力范围，并不是一个平面，而是一个立体空间。国内法律秩序的效力及实效不仅推广到宽度和长度，而且推广到深度和高度。传统的学说所界说为"国家领土"——即国家疆界所界限的地球表面的部分——的只是国家的立体空间的横断面所形成的一个可见的平面。

按照传统的学说，这个平面下面的空间，作为国家领土，是属于该国家的，并在原则上推广到地球的中心，而只受邻国领土之下的类似空间的限制，如果是沿岸国，则受公海之下的空间的限制。国

① 在"克立贝顿岛仲裁"一案中（法国和墨西哥，1931 年；《美国国际法学报》，第 26 卷，1932 年，第 390 页），意大利国王作为仲裁人裁决了克立贝顿岛是属于法国的。在其意见中，他声称："有理由认为，当 1858 年 11月法国宣布其对克立贝顿的主权时，该岛是处于无主领土的法律情况的，因而是可以占领的。问题是，法国是否进行了有效的占领，符合了国际法对这种领土取得的效力所要求的条件。……毫无疑问，依据具有法律效力的古老惯例，除'占领意思'外，实际上而不是名义上取得占有是占领的一个必要条件。这种取得占有就是占领国使该领土归其占领并采取步骤在该领土上行使排他性权力的行为或一系列行为。严格地说，在通常情形下，这种情况只是当国家在该领土上成立能使其法律被遵守的组织时才发生的。但是，正当地说，这一步骤只不过是取得占有程序的一种方法，因而并不就是取得占有。在另一些情形中，采取这种方法可能是不必要的。例如，如果一块领土由于完全无人居住，因而从占领国出现于该领土之日起就受该国的绝对和无可争辩的处分，那么，自那时起，取得占有即应视为已经完成，占领也因而是完成了的。"

家领海之下的下层土具有与狭义的国家领土相同的法律地位。该原则还适用于国家领土之上的空气空间；按照传统的学说，空气空间是无限度的。1919年订立的国际航空公约第1条遵照传统的学说宣称："每一国家对领土和领水上的空间具有完全的和排他的主权。"①这种学说忽视了实效原则。但是，认为依据一般国际法国家领土之下和之上的空间属于该国家，而不问其有实效的控制，因而也超过其有实效控制的范围，这是难以成立的主张。

公海之上的空气空间享有公海的法律地位；但公海海床和海床之下的下层土则处于无主土地的法律地位。它是可以通过有效占领而取得的。这对于隧道、矿井等等是重要的。但是，因占有公海海床或海床下的下层土而防害公海自由，则是非法的。

第二节 国际法决定国内法律秩序的属人效力范围（国家的人民）

1. 国家的人民作为国内法律秩序的属人效力范围

按照传统的学说，国家的第二个"要素"是人民——通常被界说为居住在国家领土内的人。他们被视为一个统一体。既然国家只有一个领土，它也只有一个人民；而且，既然领土的统一性是法律统一性，而不是自然统一性，人民的统一性也就是这样。它是由被视为国家的人民的个人有效的法律秩序的统一性所构成的。不同种族、语言和宗教的个人往往实际上形成一个"人民"，就是说一国的人民；而且，尽管有所有这些差别和其他差别，他们所以能够形成一个人民，是因为国家的人民是其行为为国内法律秩序所规

① 1944年12月7日的国际民用航空会议的最后文件并不影响1919年国际航空公约第1条所规定的原则。

定的个人；这就是这个秩序的属人效力范围。

正如国内法律秩序的属地效力范围是有限度的，属人范围也是有限度的。如果一个人被包括在某一国家的法律秩序的属人范围之内，他就属于这一国家的人民。既然每一个现代国家只包括空间的一部分，它也就只包括人类的一部分。而且，既然国内法律秩序的属地效力范围是国际法所决定的，它的属人范围也是如此。

国际法怎样决定国内法律秩序的属人效力范围呢？谁的行为是国际法授权国内法律秩序加以调整呢？或者换句话说，国家能使什么人受其法律权力的支配（这意味着受其强迫权力的支配），而不违反国际法，并且因而不侵犯其他国家的权利呢？

按照一般国际法，国内法律秩序所规定的强迫行为只能针对在国家领土内的个人，也就是在国际法所决定作为国内法律秩序的属地效力范围的空间内的个人。国际法决定一国的领土，这在前面一章已经作过说明。国际法决定了国家的领土，也就间接地决定了国家的人民。后者是前者的结果。

2. 治外法权

一国在原则上能够对其领土内的任何人行使其强迫权力。居留在国家领土内的一切个人都受国家的强迫权力的支配；这意味着，在国内法律秩序的属地效力范围内的一切个人，在这个秩序所规定的强迫行为的执行方面，都受这个秩序的支配。① 但是，这项

① 这项规则通常被表述如下：一国对其领土内一切人和物有管辖权。例如，在“瓦斯康加多航运公司诉克立斯订纳”一案中（《1938年法律报告》，上诉案件，第485页，第496页以下），麦克米伦勋爵在英国上议院中说（1938）：“国家对其领土界限内一切人和物并对这些界限内发生的一切民刑事案件应有管辖权，这是我们国家的主权的一个主要特质，也是一切主权独立国家的一个主要特质。”对物管辖权，归根结底，就是对人的管辖权。

国际法规则是有一些例外的。上述规则是受所谓治外法权的国际制度限制的。

1. 治外法权作为国内法律秩序的属人效力范围的限制。按照一般国际法，某些个人享受免受其所居留的领土所属国的强迫权力的特权，或者象通常所说的，免受国家的刑事、民事和行政管辖的特权。对这些个人，不许采取任何强迫行为，甚至不许采取以强迫行为为目的的法律程序。就一国在法律上不能对其自己的领土上这些人行使其强迫权力而言，这种特权不仅构成国内法律秩序的属地效力范围的直接限制，而且也是国内法律秩序的属地效力范围的间接限制。正是特权的这一意义，说明了"治外法权"这一术语的涵义，它包含这样一种虚构，即这些个人应被视为恰象他们并不在强迫权力受限制的国家的领土之内一样。

常常有人主张，享受治外法权特权的个人虽在其所居留的领土上免受国家的强迫权力，却应受这个国家的法律的支配，这就是说，他们有义务遵从这个国家的法律的规定。就这些个人一旦失去这种特权的地位时立即有可能因其在享受特权时所作的违法行为而被控诉而言，这种主张是正确的。在这个意义上，治外法权的特权意味着，对享有特权的个人只是暂时中止行使强迫权力的。但是，这一点只在强迫权力受限制的接受国的法律秩序的某些规范意义上，才是正确的，并不是就该法律秩序的一切规范而言都是正确的。例如，任何国家都不得因驻在该国的外交代表在其任职期间未缴纳所得税，而在其停止作为驻该国的外交代表时对其加以制裁。但是，接受国却可以对前外交代表就其在担任外交使节所作的刑事不法行为进行控诉。如果派遣国放弃了管辖豁免权，控诉也是可能的。①

① 在"狄肯逊诉德·索拉"一案中(《年摘，1929—1930年》，第190号案件)，英国高级法院(国王分庭)(1929年)声称："外交代表并不由于其作为外(接下接接)

关于那些不得进行控诉的不法行为，指出这一点是重要的，即治外法权特权是适用于享受特权的个人以私人资格所作的行为的。说他们不能因他们作为国家机关所作的行为而被控诉，这就是说，不能因其国家的行为而被控诉，这并不是其治外法权的结果，而是任何国家对他国行为无管辖权这一一般国际法规则的结果。

2. 外国元首和外交代表作为享受治外法权的特权的主体。一般国际法给予外国元首和外交代表以治外法权特权。

国家元首是国家宪法给予某些特殊职能的机关。这些职能通常包括：立法或某种对立法的参加、缔结条约、宣战、接受和派遣外交使节和领事、作为总司令统率军队、行使赦免权、委派国家的一切或高级官员。这些职能可能由国家元首单独行使，或者与其他机关——如议会或内阁——合作行使。国家元首可以是一个人或是一个集体机关。在第一种情形下，该职位可以是世袭的。其他任命的方式是：前任的提名、人民选举或议会选举。如果该职位是世袭的，而且国家元首的称号是皇帝或国王或其他，他就称为君主；如果是选出的，特别是如果是选出而有一定任期的，他就称为共和国总统。如果是选出终身任职并有皇帝或国王称号的，他也称为君主。

通常认为君主是国家主权的代表，因而认为他就是“主权者”本身。如果在国际法上主权是可能的话，它乃是国家的一种特质，而不能是国家的一个机关的一种特质。有些作者主张，国际法给予“主权者”的特权比共和国总统多；但这只适用于君主所享有而共

(接上页注)交代表的特权而不负任何不法行为的法律责任。确切地说法是，除非自己服从管辖，他们是不应在英国法院上被诉的。外交特权并不包括法律责任的豁免，而只是当地管辖的豁免。特权是派遣外交代表的主权者的特权，而经主权者或该代表的上级官员核准，特权是可以放弃的。”

和国总统所不享有的某些荣誉。从法律的观点看，这种区别是不重要的。

有些作者主张，国际法要求国家都有一个国家元首。这样的规则很难得到证明。一国宪法可以将称为国家元首的机关职权中所包含的各种职能分给一些不同的机关，因而就没有一个国家元首。一般国际法是让国内法律秩序自己去决定国家的组织的。但是，每一个国家必须有一个或几个有权在对其他国家的关系上代表本国的机关。不仅国家元首——如果有这样一个机关——是这种机关，而且外交部长和外交代表也是这种机关。

作为国际法意义上的国家的每一个共同体都有积极的和消极的使节权，就是说，都有派遣和接受外交代表的权利。但是，一些有权确立国际相互行为、特别是缔结条约的国家组成的国际共同体，如国际联盟和后来的联合国，也有使节权。

对于上述各种人员所给予的治外法权特权在程度上是不同的。在一切情形下，特权包含有民事、刑事和行政管辖的豁免，其中包括直接个人税的豁免，但不包括关税的豁免。在国家元首和外交代表的情形下，特权推广到其住所（住所豁免权），这种豁免意味着，有关国家的官员未经享受特权的人员的同意，不得为了在该住所内执行官方行为而进入该住所。住所豁免权并不含有给予接受国所控诉的人以庇护权的意思。①

3. 其他享受特权的人员。 根据一项使缔约一方有权在缔约另一方领土上驻扎军队或派遣军队通过该领土的条约，一国的武装部队在战时或平时可能居留在另一国的领土上。在这些情形

① 这样一种权利可以由特别协定加以规定，例如，1928年2月20日在哈瓦那签订的公约第2条第1款规定："政治犯在使馆内、军舰上、军营中或军用飞机内所受到的庇护仅在庇护国的习惯、公约或法律允许以庇护作为一种权利或人道宽容的限度内予以尊重，并须符合下列规定：……。"

下，武装部队成员就豁免其居留的领土所居国的管辖，而仍归其本国管辖。

人们通常这样说："在外国水域（领海或国内水域）内的军舰是"治外"的。这种说法是指明一种法律地位，而这种法律地位的特征是：外国军舰停留的水域所属国对该军舰没有管辖权，因而不得在军舰上行使任何种类的强迫权力。① 这种特权构成有关国家的

① 在"帆船交易所号诉麦克法登"一案中（《克兰茨》，第7卷，第116页），美国最高法院（1812年）声称："这样，法院认为，一项公法原则似乎是：国家军舰在进入接受其友国港口时应被视为经该国同意而豁免该国的管辖。"法院认为有一项国际法原则，它是："国家在本国领土内的管辖权必然是排他的和绝对的。它是不受任何非其自己所加的任何限制的。……因此，对于一国在本国领土内的充分的、完全的权力的一切例外，必须追溯到国家本身的同意。" 为了适用一般国际法上外国军舰享有治外法权特权的规则，法院必须认为：如果一国允许外国军舰进入其港口，这就包含有同意豁免其管辖的意思。"所以，这种船舶进入友好港口所依据的默示特许可以合理地解释为，而且法院觉得应当解释为，包含着对该船舶在其领土内要求款待礼遇的主权者的管辖权的豁免。"这种解释是一种法律虚构。它是多余的，因为依据一般国际法的一项规则，该特权是业经确立了的，而不需要各该国的任何同意。

在"钟继成（译音）诉英王"一案中（《年摘，1938—1940年》，第87号案件），枢密院司法委员会（1938年）表达了下述意见："对于管辖权问题，具有国际法原则的知识的人们主张两种学说。一种是，一国公船在一切方面都是，或应被其他国家所视为，该船所属国的领土一部分。船舶所在的领水所属的任何国家的国内法是应以这一概念为指导的。因此，如果法院的管辖权是取决于有关行为的作出或诉讼当事人是在法院所属国的领土上居住的，任何法院在事实上就没有管辖权。另一种学说是，外国领水内的公船不是，也不被视为该船所属国的领土。按照国际法原则，国内法院应给予公船及其船员与货物以某些豁免权，而这些豁免权之中有些是十分确定的，另一些则是有争论的。依据这种看法，豁免权并不取决于一种客观的治外法权，而取决于国内法的含意。豁免权是有条件的，而且在任何情形下都是该公船所属国可以放弃的。"豁免权可以由公船所属国予以放弃的事实是相当符合于下述一种看法的，即公船的治外法权是一般国际法的一项客观规则所确立的，而这项规则具有"任意法"的性质。

属地效力范围的一种限制，而不是属人效力范围的一种限制。因为，如果军舰上的船员是在岸上的，他们就在该国的管辖之下了。但是，有些作者主张，如果船员在岸上是执行公务，他们就享有其所在领土所属国管辖的豁免权。

军舰以外的国有船舶在原则上享有象军舰一样的特权。关于国有商船，各国的实践是不一致的。目前的趋势是废除从事贸易的国有船舶的治外法权特权。①1926年4月10日在布鲁塞尔签订而只有少数国家批准的公约有下述的规定："国家所有或国家经营的海船、国家所有的货物和政府船舶所运载的货物和旅客，以及拥有或经营这种船舶或拥有这种货物的国家，在经营这种船舶或运载这种货物所发生的索赔方面，应受与适用于私有船舶、载货和设备者相同的责任和义务规则的拘束。"但这项规定不适用于军舰和非贸易的公船。

依据国际协定，各国可以将管辖权的豁免给予一些依据一般国际法并不享受豁免权的人，例如国际法院法官或领事。领事是以在另一国领土上照顾本国商务利益为主要职能的机关。他们不具有外交代表的性质，因而他们不享有豁免其活动所在地国家的管辖的外交特权，除非特别条约明示地给予这种特权。从前，某些基督教国家的领事在某些非基督国家的领土上享有对其本国公民的刑事和民事管辖权。但是，确立这种领域外的领事裁判权②的条

---

① 参看"比利时国会号"一案。在"白利兹兄弟公司诉毕沙罗号轮船"一案中(《美国》，第271卷，第562页)，关于意大利政府所有、占有和为贸易目的而经营的毕沙罗号船，发生了同样的问题。美国最高法院(1926年)以同样方式判决了该案。但在"墨西哥共和国诉霍夫曼(巴加·加利福尼亚号)"一案中(《美国国际法学报》，第39卷〔1945年〕，第585页以下)，美国最高法院判称，对于一只由外国政府所有但不由其占有和为其服务的船舶，如果政府的政治部门已被咨询而未承认该船有对物管辖的豁免，法院就可以不给予这种豁免权。

② "领域外的"管辖权是指一国在其领土外即在另一国领土上行使的管辖权。"治外法权"是指管辖的豁免。

约(所谓"特权条约")，现在已经被废止了。

3. 国家对他国无管辖权

国内法律秩序的属人和属地效力范围——或者说国家的管辖权——的一个最重要限制，是来自一般国际法的一项原则，即国家对他国无管辖权。这项原则通常是作为基本平等权的一个后果而提出的，而且是用这样一个公式来表述的，即"各平等者彼此无管辖权"。这项原则所涉及的管辖权是一国法院所行使的管辖权。除非另一国明示同意，任何国家不得通过其本国法院对另一国行使管辖权。但是，一国可以用另一种方式对另一国行使管辖权。当一国依据一般国际法确定另一国已经侵略前一国的权利并且诉诸作为国际法的制裁的报复或战争时，情形就是这样。虽然一国不能在另一国的法院被诉，但是它却可以在另一国的法院提出诉讼。既然一国只是通过一些作为国家机关的人所作的行为，就是说，通过国家行为，来表现该国的法律存在，那么，国家对他国无管辖权的原则就必须解释为：除非他国同意，一国不应通过其本国法院对另一国的行为行使管辖权。因此，这项原则就不仅适用于国家在另一国法院被诉的情形，而且也适用于下述的情形，即一个人是民事被告或刑事被告，而这个人被控告的民事或刑事不法行为是具有国家行为性质的。这样，该不法行为是应该归附于国家，而不归附于该个人的，而且所可能适用的只能是国际法所规定的作为对不法行为国的反应的制裁，即报复和战争。① 因此，国家对

① 在"加罗林号"一案中("加罗林号"是1837年在加拿大叛乱中为叛乱者所雇佣而被英国军队拿捕的一只船)，在拿捕该船时两个美国人被杀死。英国军队的一个士兵亚历山大·麦克里奥于1840年在纽约出差时被逮捕并以杀害该两个美国人之一为理由被控诉。美国国务卿在致司法部长的公文中声称："由(接下页注)

他国家无管辖权的原则就排除了个人对国家行为负责的可能性，

（接上页注）

于对加罗林号的攻击被认为是一种可以对之进行报复或甚至一般战争的国内行为，因而如果美国政府在对该行为和美国自己的责任作出判断时认为这样决定最为适宜，它就可以有理由对该行为进行报复，甚或一般战争，然而这就引起了一个完全属于公共和政治性质的问题，即独立国家之间的一个问题；因而，与该行为有关的个人是不能以破坏国内法为理由予以逮捕并在一般法庭上加以审判的。如果象本政府所主张的那样，对加罗林号的攻击是毫无理由的，被破坏的法律是国际法；而且，所应寻求的补救方法是该法典的规定所授权在这种情形下应采取的补救方法。”（摩尔：《国际法摘要》，第2卷，第26页）

在“安得希尔诉赫南德兹”一案中（《美国》，第168卷，第250页），在1892年负责进行委内瑞拉玻利瓦尔城自来水工程的一个美国公民作为原告以下述事实为理由对被告提出损害赔偿的诉讼，即被告以委内瑞拉革命政府（后来为美国所承认）军队首长的资格阻止原告离开该城，并且强迫原告为革命部队的利益而经营自来水工程。美国最高法院（1897年）判决被告胜诉，因为“一国的法院不得对另一国在其本国领土内所做的行为进行审判”，不问该行为是代表法律承认的政府的还是事实上政府所作的。

早在1797年，美国司法部长在“柯洛总督”一案中（柯洛是法属瓜德罗普岛总督，这个案件是以柯洛在担任该岛总督时拿捕和没收一只船为理由对其提起的民事诉讼）声称：“我倾向于认为，如果对该船舶的拿捕被认为是被告根据或借口其作为总督所具有的权力而做出的官方行为，那么，这本身将是对原告诉讼的一个足够的回答；被告不应当在我们的法院上对其行使权力时有任何不规则而负什么责任；其权力范围只能由其本国合法当局适当和合宜地予以决定。”（摩尔，同上书，第2卷，第23页）。

在“常胜号”一案中（美国巡回法院，麻萨诸塞区，1814年，《加立逊》，第2卷，第29页），法院声称：“在一个主权者的权力下所作的行为永远不得由另一主权者的法庭加以复审；这种行为的当事人不能以其私人资格对这种行为负责。”在“沙莫拉号”一案中（《1916年法律报告》，上诉案件，第2卷，第77页），枢密院司法委员会在提到上述说法后声称：“因此，如果没有捕获法院的存在，任何人在战时遭受交战国行为〔即国家行为〕的侵害，除了通过外交途径而冒着损害国际友谊的危险外，是不能得到其他补救方法的。”

在“毕格罗诉兹赞诺夫”一案中（《美国国际法学报》，第23卷〔1929年〕，第172页以下），美国驻巴黎总领事馆护照科科长毕格罗先生向各报刊代表提供一项消息，后来并在一家报纸上发表，说兹赞诺夫公主申请签证已被拒绝，（接下页注）

而不论是民事责任或是刑事责任。只有经过其行为使个人负责的国家的同意，才能对国家行为确立个人责任。①国家对他国无管

(接上页注)因为她是一个国际间谍。毕格罗先生在被治安法庭传讯时否认法国法院有权审理，理由是：他是在执行职权时提供消息的，而且其说明是美国政府所确认的。但是，在上诉时，法国上诉法院否定了毕格罗的辩护理由。遵照法国司法部长所作的“法国法院不受美国政府认为毕格罗领事的行为是在该领事的职务范围内这一意见的约束”的说明，法院声称，法院不能认为毕格罗领事提供消息一事是“执行一项官方行为”，并且判决这个消息所构成的不法行为是“显然与毕格罗执行职务无关的”。

① 关于国家的商务活动是否能豁免另一国管辖的问题，“美国诉德意志砷碱辛迪加公司”一案（《联邦报告》，第2集，第31卷，第199页），颇值得关注。美国提起诉讼，要求禁止德意志砷碱辛迪加公司、砷碱商业公司等破坏反托拉斯法。法国大使进行干预，以法院无管辖权为理由提出了撤销传讯的动议。法国大使在致美国国务卿一封信中主张：“阿尔萨斯砷碱商业公司是法国为了管理砷碱矿而设立和控制的一个组织，其中有些矿是法国由于1919年凡尔赛条约所规定阿尔萨斯—洛林的割让而取得的，有一些矿是属于法国国民的；对阿尔萨斯砷碱商业公司及其职员和代理人提出的诉讼在事实上是针对法国政府的。美国纽约南区区法院(1929年)拒绝了这项动议。法院在其他理由外判称：“该商业公司象任何其他商业公司一样，是依据法国的一般公司法组织起来的。其股东包括私人以及官员。它替别人出售砷碱，也替法国出售。其成立所依据的法律以及其公司证书都规定，它可以被诉。因而，它就失去了其本来可以享受的任何主权豁免。法国认为该公司应服从法国法院的程序。法国法律象美国法律一样，把公司看作与公司股东不同的一个实体。对一个公司的诉讼并不仅仅因为公司是政府指示成立的，并被用作为政府的代理人，以及公司存货只是政府所有的，而就成为对政府的诉讼。被告公司既然是与该公司股东不同的一个实体，它或它的代表就不能以其在任何方面就是法国政府为理由而主张豁免。政府在其中有利益关系的私人公司和私人在其中有利益关系的机构都不是政府部门。……被告公司或其代表、职员、代理人或雇员或其代表，也都不能以其是作为外国政府的代理人作行为的理由而主张豁免。即使一个代理人可能是政府的一个机构，他也不能因为他是代理人而不对其非法行为担负个人责任。一个公司的职员和代理人并不是该公司股东的职员或代理人……，因此，没有充分理由可以坚持这样的主张：如果主权国是一个公司的股东，对该公司的职员或代理人的诉讼在事实上就是对主权国的诉讼。一个外国主权者未经另一主权者的同意，就不能授权其代理人在外国管辖范围内违反法律，或在(接下页注)

辖权的原则还含有这样的意思，即一国的法院不得由于一个人以其作为另一国的机关的资格所作的不法行为或因这种不法行为的关系而对另一国的财产采取强制措施，从而对该财产行使管辖权。

国家对他国行为无管辖权的原则也适用于一项国际协定所成立的一个法庭对一个非缔约国的国家的行为的管辖权。对于该国，这样一个法庭不是一个“国际”法庭，而只是该协定各缔约国的一个共同法庭。1945年关于控诉欧洲轴心国家战犯的伦敦协定所成立的所谓国际军事法庭(欧洲轴心国家并不是该协定的缔约国)就是这种情形。然而，伦敦协定使该法庭有权惩处那些以欧洲轴心国家的机关的资格作出的经伦敦协定宣告为犯罪的某些行为的个人，从而授权该法对这些国家的行为进行审议。①

(接上页注)另一主权者统治范围内执行任何主权或政府职能。因此，他也就不能作为礼让问题或其他问题而提出这样的主张，即在这种情形下，据称为代理人的行为就是主权者的行为，对代理人的诉讼在事实上就是对主权者的诉讼。”参见“比利时议会号”案，“白利兹兄弟公司诉毕沙罗案和巴加·加利福尼亚号”案。

① 1945年关于控诉欧洲轴心国家战犯的伦敦协定所成立的国际军事法庭在其判决书中否定了下述一般国际法原则，即一国的法庭（或若干国家的共同法庭）对于一个人作为另一国的机关所作的行为，只有经该另一国的同意，才能由该个人负责。法庭声称：“有人主张，国际法涉及主权国家的行动，而并没有对于个人规定刑罚；其次，如果涉及的行为是国家的行为，那么，执行此种行为的人不负个人责任，而受到国家主权理论的保护。本法庭认为这种主张应予驳斥。国际法对于个人和对于国家一样，使其负担义务和责任，这点久已为人们所承认。…国际法中关于在某些情形下保护国家代表的原则，不能适用于国际法已斥为犯罪的行为。作这些行为的人不能以官员的身份为掩护，而在相应的诉讼程序中免除处罚。”国际法不仅涉及国家而且涉及个人的说法肯定是正确的。关于在什么条件下个人行为依据国际法应被认为是“犯罪”，就是说，在什么条件下一个人依据国际法应负刑事责任的问题，在上面已经讨论过了。在协约及参战各国的军事法庭关于第二次世界大战所进行的多次战犯审判中，被告以其作为本国机关的资格或遵照本国法律作行为的抗辩，没有被认为构成一种抗辩理由。参见联合国战争罪行委员会选编：《战犯审判的法律报告》，(1949年)，第15卷，第160—161页。

国家对他国的行为无管辖权的原则包含这样一项原则，即一国的法院无权对另一国在其管辖范围内所作的行为的效力表示异议。① 但是，一国的法院通常拒绝执行另一国的法律，如果这些法律是违反前一国的公共秩序的。② "公共秩序"或"公共政策"是指国内法律秩序的基本原则。

第三节 国际法决定国内法律秩序的属物效力范围(国家的职权)

除了关于国内法律秩序对之有效的空间和个人的问题以外，还发生这个秩序所可以规定的事项的问题。这就是国内法律秩序的属物效力范围的问题，而这通常是作为国家的职权问题提出的。

1. 国家的职权没有自然的界限

国内法律秩序能够在各种极不相同的方面和各种极不相同的

---

① 在"路德公司诉沙哥尔公司"一案中(《1921 年法律报告》，第 3 卷，国王法庭，第 532 页以下)，英国上诉法院声称："十分确定的是，对于一个独立国家关于其管辖内财产和人的行为的效力，在英国法院上是不能表示异议的。"

在"柏恩施坦诉范·黑根兄弟公司"一案中(《联邦报告》，第 2 集，第 163 卷，第 249 页)，第二巡回区巡回上诉法院于 1947 年声称：至少在 30 年的时期内，我们曾经一再宣称，一个审判法院并不负责审查另一国官员作为官员的行为在该国国内法下的效力。"

② 在"道赫梯诉公平人寿保险公司"一案中(美国纽约上诉法院，1934 年，《纽约》，第 266 卷，第 71 页；《东北区》，第 193 卷，第 897 页)，法院声称："对一个政府的承认并不迫使我们法院给予外国法律以效力，如果这些法律是违反我们的公共政策的话。"在"俄国诉罗皮公司"一案中(《年摘，1925—1926 年》，第 17 号案件)，艾克斯法院(第一庭)于 1925 年声称：虽然由于法律上承认的结果，法官不能再任意地不顾苏维埃法律和全部否定它们，但是，承认并不妨碍法官在每一个情形下考察这些法律，而且如果他认为它们违犯法国政治和社会组织的基本原则，也不妨碍他拒绝给予它们以法律效力。

程度上调整人的行为。它能够调整各种不同事项，而且在这样调整时就能够或多或少地限定个人的属人自由。法律秩序所实在地调整的事项越多，其属物效力范围也就越广；国家的职权越扩大，其臣民的属人自由就越有限度。对于这种界限的正当范围问题（这就是关于哪些事项可以或不可以由国内法律秩序确立按一定方式作行为的义务从而加以调整的问题），不同政治制度有不同回答。自由主义主张对国内法律秩序的属物效力范围加以最大限度的限制，特别是在经济和宗教事项上。其他政治制度，如社会主义，则特有相反的看法（“国家主义”、极权主义）。

有人一再企图从国家和个人的本来性质中引伸出国家的职权不应超越的、个人自由不应受限制的界限。这种企图是自然法学说的特点。科学的国家学说是不能对于国家对其臣民的职权确立一种自然的界限的。国家或个人的性质并不妨碍国内法律秩序调整社会生活的任何方面的任何事项，并不妨碍其在任何程度上限制个人自由。国家的职权是不受国家性质的界限的；而且，在历史现实中，不同国家的实际职权是极不相同的。19 世纪的自由国家和我们时代的极权国家之间有许多中间阶段。

国家的职权“按性质”是不受界限的事实，并不妨碍国内法律秩序的属物效力范围在法律上有限度。问题是：对国内法律秩序的属地和属人效力范围加以界限的国际法，是不是也对国内法律秩序的属物范围加以界限。

就某些事项不能由国内法加以调整而只能由国际法加以调整来说，国内法律秩序的属物效力范围或国家的职权是由国际法加以界限的。这个问题在关于国际法的属地效力范围的问题中已经考虑过。就某些事项可以由国内法加以调整但必须遵照国际法加以调整（由于国际法对这些事项作出明确的调整）来说，国内法律秩序的属物效力范围或国家的职权也是可以加以界限的。

诚然，依据一般国际法，各国在原则上有权调整一切为一个有领土范围的界限的秩序所能调整的事项；但是，只有当国际法对一定事项不作调整时，各国才保留这种职权。一个事项为一个对这个事项规定有一项义务的国际法规范所调整的事实具有这样的效果，即这个事项就不是国内法所能任意加以调整的事项。有些事项，按照一般国际法，而还有些事项，按照特别国际法，特别是条约，是必须由国内法用某种方式加以调整的。

2.对外国机关和公民的保护

一般国际法没有对国家设定任何有关其本国公民的待遇的义务。在这方面，国家是自由的，就是说，国内法律秩序对于该法律秩序所构成的国家的公民，给予或不给予权利和给予或不给予法律保护，是不受限制的。只有由于一个特别条约，一国才可能承担以某种方式对待其本国公民的义务，即给予本国公民以某种权利并对其予以某种保护的义务。但是，一般国际法却使国家承担义务，对在其领土上但却作为机关或公民属于另一国的个人加以保护。

国家元首如果是平时居留在另一国领土上并为该国政府所知悉和同意的，以及为另一国所接受的一国外交代表，都必须受到另一国的特别保护。这种保护是：有关政府应当防止侵犯其个人尊严、其人身安全以及与其本国政府的往来；而且，如果不可能防止，就应当对不法行为人严加惩罚。这就是所谓国家元首和外交代表的不可侵犯性。不可侵犯的特权是与治外法权或管辖豁免的特权有关的，但又有所不同。后者具有消极的性质，而前者则具有积极的性质。

依据一般国际法，国家有义务允许另一国派往第三国的外交代表在从派遣国到接受国的途中通过其领土，但以派遣国和接受国不是邻国而有通过该领土的必要为限。

国际法不仅使各国有义务保护其他国家的元首和外交代表，而且由于对每一个国家都设定了防止个人在其领土上从事有害另一国的行为的义务，例如，组织用武力推翻另一国合法政府为目的的远征军，从而也使各国有义务对其他国家本身加以保护。

如果外国人被允许入境，① 其所居留的领土所属国的法律秩序必须给予这些人以最低限度的权利，并且不得对他们设定某些义务；否则，他们在法律上所属的国家的权利就被认为受到了侵犯。就权利来说，每一个国家依据一般国际法都有义务至少在人身和财产的安全方面给予外国人以与本国公民在法律上的平等。但是这并不意味着，国家的法律必须对外国人象对本国公民一样，给予同样的权利。外国人可以被禁止享有政治权利，从事某种职业，甚至取得土地财产权。但是，给予外国人的法律地位不得低于某种最低限度的文明标准。国内法给予公民的法律地位不符合这一标准的事实，是不可宽恕的。② 即使依据一国法律，本国公民可以因公共目的而无偿地被剥夺其财产，但没收外国人的财产却是违反国际法的。外国人所属的国家可以要求补偿。一国可以取消对本国公民的债务，但是，如果债权人是另一国公民，另一国就有

① 在"西村"一案中(《美国》，第 142 卷，第 659 页)，美国最高法院(1891 年)判称："每个主权国家拥有主权所固有的和自保所必需的权力，禁止外国人进入其领域，或者只在其所认为宜于加以规定的情形和条件下允许他们进入，这是一个公认的国际法箴言。"

② 在"罗伯兹"一案中(美国和墨西哥一般求偿委员会，1926 年；《年摘，1925—1926》，第 166 号案件)，美国代表一个美国公民哈利·罗伯兹，以在监禁中受残酷和不人道待遇为理由之一，提出赔偿要求。墨西哥代理人声称，罗伯兹享受监狱中其他被监禁人所享有的同样待遇。委员会判定墨西哥应负赔偿责任。关于监狱中的虐待，委员会声称，监禁是残酷的和不人道的。从国际法来看，外国人和国民的同等待遇并不是当局对待外国人的行为是否正当的最后标准。其标准是，对外国人的待遇是否符合通常的文明标准。

权干预，对其国民加以保护。① 任何国家都不允许对另一国公民设定服兵役的义务，但它可以接受外国人的自愿服兵役。② 所谓外国义勇军并不是不符合国际法的。

---

① 有时，一国政府和一个外国人所订立的契约中列有这样一种条款：契约所发生的纠纷不应成为外国人所属的国家进行外交干涉的问题（所谓加尔服条款）。大多数作者一致认为，这种条款并不使有关国家失去其依据国际法保护本国公民的权利。

在"墨西哥联邦铁路有限公司"一案中（英国和墨西哥求偿委员会，1930 年；《年摘，1929—1930 年》，第 129 号案件），英国政府代表在墨西哥经营的一个英国公司，墨西哥联合铁路（有限）公司，在英国和墨西哥求偿委员会上就该公司在 1912 年和 1920 年墨西哥革命变乱中所遭受的损失提出求偿。墨西哥政府给予该公司的让与权中有这样的条款："它的（公司）应仅享有共和国的法律所给予墨西哥人的同样权利和主张这些权利的同样方法，因而外国外交代表不得以任何方式进行干预。"委员会判称："委员会的多数委员认为，依据国际法规则，一个外国人可以合法地做出象让与权所规定的允诺，但同时认为，任何人不能用这样一个条款来剥夺本国政府对于因违反国际法而使其受害的行为适用国际救济方法的无可争辩的权利。一国政府对于其臣民所受的损失可以采取与该臣民本人不同的看法。就政府而言，所涉及的可能是一个较之单纯保护受害臣民的私人利益更高的原则。对于政府来说，该契约是'他人间的行为'，政府的行动自由是不能因此而受妨碍的。"

② 在"波立特斯诉联邦等"和"康迪里奥特斯诉联邦等"两案中（澳大利亚高等法院，1945 年；《年摘，1943—1945 年》，第 61 号案件），诸原告虽为希腊国民而不是不列颠臣民，却接到了要求其在联邦武装部队服兵役的通知。通知是按照《国家安全（外国人兵役）条例》发出的。法院判称，该条例和依据该条例所发出的通知是有效的。首席法官在其意见中承认："该条例规定强迫外国人在澳大利亚军队服兵役而且将外国人置于同澳大利亚的不列颠臣民同样的地位。它们应该被认为是违反国际法的一项已确定的规则的。"但是，他提到，"所有英国法的权威"所承认的原则，即："法院是受其本国制定法的约束的，即使该法律违反了一项国际法规则。"他进一步声称："这一行动在政治上是否正当，并不是法院所应表示意见的。其政治意义应由联邦政府去考虑，同时估计到有这样的显明危险，如果国外的澳大利亚人在外国被征召服兵役，联邦就没有理由反对。我认为，议会曾使行政部门负起与其他国家订立协定来消除国际困难的责任或者负起承受造成这种困难的风险的责任。我认为，该条例是有效的。……"

但在"得克萨斯的北美疏浚公司"一案中（美国和墨西哥一般求偿委员会，1926年；《年摘，1925—1926年》，第191号案件），委员会判称，下述的美国论点应予驳斥，即在本案中，所谓的加尔服条款不应使本委员会无权管辖，其理由之一是，个人对于国家关于私人的国际权利和义务无论如何是不能有任何影响的。委员会在其意见中声称，认为所谓加尔服条款无论如何都不能有实效，或者认为这个条款在一切情形下都有实效地使国际法庭无权管辖，是把这个条款的合格性问题过分简单化了。每一个案件必须就其是非曲直加以考虑。但一国不得强迫那些自愿为其服兵役的外国人参加反对其本国的战争行动。

每一个国家都有权保护本国公民不受违反关于外国人待遇的国际法规则的行为的侵害。从国际法的观点来看，这是国家的权利，而不是其公民的权利，① 而且这是国家只对其本国公民所有的一种权利。② 一个公民是否有权受其本国保护，决定于该国的国内法。③ 特别是对所谓拒绝司法，一国是有权保护其公民的。拒

① 在"玛弗朗玛提斯巴力斯坦让与权"一案中（《国际常设法院出版物，甲集》，第2号，第12页），国际常设法院于1924年声称："一国在处理其臣民的案件并且代表该臣民诉诸外交行动或国际司法程序时，实际上是在主张其自己的权利——即确保在其臣民的身上国际法规则得到尊重的权利。"

② 在"美国诉德国（求偿的国籍）"一案中（《年摘，1923—1924年》，第100号案件），美国和德国混合求偿委员会（1924年）判称，国家照例不赞助私人对他国的求偿，除非私人求偿在来源上有求偿国的国籍。这项规则的理由是："国家是由于本国国民受害而自己受害的，因而只有该国可以要求赔偿，因为任何其他国家并未受害。"只有受害国对另一国所主张的求偿才应予受理。任何其他规则都将广开滥用之门，其结果将使一个强国成为受害人的求偿代理机构，这些受害人在遭受损害后，就将其求偿转给该强国的国民，或者利用该国的入籍法，以达到使该国赞助其求偿的目的。"

③ 在"格楚温诉瑞士联邦"一案中（年摘，1931—1932年》，第120号案件），瑞士联

（接下页注）

绝司法就是法院拒绝给予正当保护(正当法律程序)。① 但是,一项公认的规则是:外国人在其所属的国家能提出补偿要求以前,必须先用尽在对违反国际法行为负责的国家的法律下可供利用的任何法律救济方法。② 一个人没有公民籍,即无国籍人,是不受国际法

(接上页注)

邦法院(1932 年)判称:"由于国民受外国当局或官员违反国际法规则的侵害而给予的外交保护,不单纯是本国依据国际法所享有的对抗外国的一项权利。从一国宪法的观点来看,外交保护一般也是对受害的国民的一项行政职责。…这种保护是国家行政的一部分。所有公民都有权在同等条件下并按照同样方式享受这种保护。但是,公共当局在这方面的行为必须受一般适用的客观规则的支配。因此,如果一个瑞士人供称,由于国际法被破坏的结果,他受到了损害,而且他申请联邦委员会向外国说项并采取步骤以期取得补偿,那么,这项申请只能具有使联邦当局注意这一案件情形并使其研究该事件的目的。所将采取的步骤不决定于申请人的请求,而决定于规定主管当局对这种事件的职责的实体法。申请人受国际法被破坏的损害的事实并不给予该公民以联邦按照该公民所希望的方式予以协助的权利。

① 在最广泛的意义上,"拒绝司法"是指一国的任何违反依据国际法对外国人待遇所应负义务的行为;在最狭窄的意义上,它只指法院拒绝受理。大多数作者把这一概念限于法院的行为,其中包括法院的拒绝受理。《哈佛法学院关于国家责任的公约草案》第 9 条包含有以下的定义:"当有法院拒绝受理、无理迟延或阻挠受理、在司法或救济程序的执行上有重大缺陷、未规定一般认为正当司法行政所必要的保证、或显然裁判不公平等情形时,就存在有拒绝司法。一个国内法院的错误,如不产生明显的不公平,就不是拒绝司法。"(《国际法研究》,哈佛法学院,〔1929 年〕,第 173 页)。

② 在"威廉·布鲁姆哈特诉墨西哥"一案中(摩尔:《国际仲裁史》,〔1895 年〕,第 3 卷,第 3146 页),求偿人对一个墨西哥低级法官的虐待和非法监禁要求赔款。仲裁人判称:"对于一个低级司法当局的非法行为所引起的损失,在控告人尚未采取步骤用司法方法对违法者加以惩罚并从违法者那里取得赔款时,墨西哥政府是不能负责的。仲裁人不相信,美国政府或世界上任何国家会在该求偿人提供证据所表明的情形下承认这种责任,证据表明,在该事件中应受谴责的人是阿法勃法官,而且是应该对其提起诉讼的。

在"美国(罗伊号)诉英国"一案中(《尼尔逊报告》,第406页),一艘称为罗伊号的美国渔船为西北安大略渔业检察官所拿捕,并带入加拿大港口。仲(接下页注)

保护的。①

3. 公民籍(国籍)

1. 公民籍作为一种法律地位。 公民籍或国籍是一个人的法律地位，他在法律上属于某一国家或者——以形象的方式来表述——是该共同体的成员。这种地位的取得和丧失是国内法律秩序所调整的，它通常使这种地位成为某些义务和权利的条件。在那些只能对公民设定的义务中，最显著的是服兵役的义务。在那

(接上页注)

裁法庭(1925年)判决不准英国要求赔偿，因为求偿人方面并未通过其被允许采取或可以任意采取的法律救济方法来求得补偿:"法庭不得不强调指出,求偿人并没有服从在当时为决定该争执所规定的有秩序的法律程序。在本法庭上被控告的拿捕引为不过是一个程序的头一步，而如果允许这个程序循着其通常方向发展下去，就会导致司法审问,在审问中，这里所提出的争执本身就会得到考虑，并且就会有充分机会调查案卷和反讯物证来查明一切事实。求偿人的代表以肯定的行为使该船舶从唯一能对该事件妥当地、迅速地加以处理的管辖区撤回,从而使上述程序中断了，这就使这个程序合乎逻辑的完满结束成为不可能。各种情形使我们没有理由断定，加拿大当局在上述撤回引为发生时已经放弃了拿捕。而且，在任何时候都还可以在加拿大法院上用权利申请的方式对渔业检察官个人或对加拿大政府提起诉讼。"

① "美国代狄克逊车轮公司诉墨西哥合众国"一案中(美国和墨西哥的特别求偿委员会,1931年;《年摘,1931—1932年》,第115号案件),委员会声称:"两国之间由于一国作了违反国际法行为而造成的权利义务关系，只发生在那些受国际司法体系支配的国家之中。在那种体系中，加害国和受害人之间的任何责任关系是不存在的，因为后者是不受国际法支配的。对一个人——求偿国的国民——所加的伤害(这含有违反国际法对国际共同体每一成员所设定的义务的意思)构成国际非法行为，因为它意味着对因国籍关系而与该个人联系在一起的国家犯了罪行。因此，授权一国向另一国要求对于个人作国际法所规定的行为的唯一法律关系，是国籍联系。这是国际法与个人之间的联系，而只有通过这种联系,个人才能请求一国予以保护，而后者才有权代表他们进行干预。例如,一国对无国籍的个人所加的伤害,并不是国际不法行为，因而,任何国家都无权在伤害发生以前或以后代表他进行干预或提出申诉。"

些只能给予公民的权利中，最显著的是政治权利。照例只有公民才有居住在国家领土内的权利，也就是不被驱逐出境的权利。政府对于外国人则可以在任何时候并基于任何理由加以驱逐。这种权力可由特别条约加以限制。在较早时期，有些法律秩序规定，作为惩罚，对本国公民加以驱逐；这种惩罚被称为"放逐"。甚至在现在，国际法也不禁止作为惩罚的"放逐"，但其实际运用性却是有限度的。因为，被放逐的个人在任何其他国家总是一个外国人；而每一个国家都有权拒绝允许外国人进入其领土，并且有权在任何时候驱逐任何外国人出境。被驱逐的外国人的本国如果拒绝允许其回国，就违反了这项权利。

在国内法上，可能有两类不同的公民：完全公民，就是说，具有完全公民的一切权利和义务的国家臣民；和不具有完全公民的一切权利和义务的公民——虽然他们在法律上是属于该国家的。只有前者才可以称为"公民"——即狭义的"公民"。例如，按照1935年9月的德国法律，只有日耳曼血统的臣民才有政治权利并被称为"德国公民"，而其他臣民，特别是犹太臣民，则被称为"德国臣民"。个人可能是法律上属于一个殖民地并因而是属于有关国家的，但却不是该国的"公民"，不具有完全公民的权利和义务，特别是政治权利。从国际法的观点来看，这种区别是不相干的。国际法意义上的公民籍或国籍不是别的，而只是在法律上属于一国的地位，不管在国内法上与这种地位有关的是哪些权利和义务。依据国际法，一国有权保护其公民(国民)，使其不受另一国对其利益进行某种侵犯。

2．引渡。 引渡与驱逐不同。一国可以因一个人在请求引渡国的领土上犯罪而请求另一国引渡他，以便能够在法律上对其进行控诉。一国只有根据特别条约才有准许这种请求的义务。事实上是有许多引渡条约的。在通常情形下，作为引渡的对象的个

人并没有引渡或不引渡的权利。只有在一国的引渡法不允许引渡本国公民或者引渡条约不要求一国引渡本国公民时，被引渡人的公民籍才是有关系的。什么罪行应准予引渡，必须在引渡条约上加以决定。条约往往会列一项条款，按照这项条款，只有依据请求引渡国的法律和被请求引渡国的法律都认为该行为是犯罪的行为，才应予以引渡。照例，对于政治罪，即基于政治目的或出于政治动机而犯的罪行，是不予引渡的。这项规则有一项重要的限制，即所谓"谋杀"条款，按照这一条款，对外国元首或其家庭成员的谋杀不被认为是政治罪。

3．公民籍的取得和丧失。 公民籍的取得和丧失在原则上是由国内法律秩序加以调整的。① 各种法律秩序包含有十分不同的关于取得和丧失公民籍的规定。通常，妻享有夫的公民籍，婚生子女享有其父的公民籍，而非婚生子女则享有其母的公民籍。公民籍往往是由于在国家领土内出生或由于一定时期的居住而取得的。其他取得公民籍的原因是：承认（对非婚生子女的承认知）、收养或授予一个人以公民籍的立法或行政行为。

入籍是国家的一种行政行为，即给予外国人以公民籍。但是，有一项一般国际法规则，禁止对外国人未经本人同意而给予公民籍。因此，只有在外国人申请入籍时，才可以允许入籍。一国法律如果规定进入国家领土内的每一外国人都当然成为该国公民，那是违反一般国际法的。但是，当一国领土因割让或兼并而成为另一国的领土时，居住在被割让或被兼并的领土上的前一国公民就成为领土国的公民。他们在取得新的公民籍时，就丧失其原有的

---

① 在"斯多克诉公共委托人"一案中（英国高级法院，大法官庭，1921年；《年摘，1919—1922年》，第156号案件），法院判称："一个人是否一国公民，必须由该国国内法来决定。……"

公民籍。在这些情形下，公民籍的取得和丧失是一般国际法所直接调整的。①

有些作者否认被兼并或被割让的领土上的居民自动地成为兼并国或受让国的公民。他们只承认，如果一国的全部领土为另一国所取得，后一国有权将其公民籍强加于已灭亡的国家的全体公民；如果只是一国的部分领土为另一国所取得，后一国则有权将其公民籍强加于在该领土上有居所或对该领土有某种其他地方性关系（例如，在法律上是属于该领土上的一个城市的——即在该城市有居住权）的前一国公民。割让条约往往规定，被割让领土的居民有权用称为“选择”的声明来决定其成为取得领土国的国民或者保留其原有国籍。在后一种情形下，他们可以被迫离开该领土。

公民籍的丧失是按照与取得公民籍相适应的方式发生的。公民籍可以由于移民或长期在国外居住、或未经本国许可而在外国服兵役或民事役务、或取得另一国的公民籍、或由于所谓出籍而丧失。出籍是依据有关的人的申请而准许的解除公民籍。近来，有些政府曾实行夺籍，即未经有关人同意而以立法或行政行为取消其国籍。

既然新公民籍的取得通常并不决定于，也往往并不引致，原有公民籍的丧失，那么，具有两个或两个以上公民籍的个人以及没有任何公民籍的个人的情形就不是不平常的了。如果一个人是两个或两个以上国家的公民，这些国家中每一个国家都可以将其看作

---

① 在“罗马诺诉康玛”一案中（《年摘，1925—1926年》，第195号案件），埃及混合上诉法院（1925年）关于领土于1870年为意大利所兼并的教皇国判称：被兼并国的所有国民都自动地成为兼并国的臣民，而不需要其明示声明；当前一国完全消灭时，选择国籍是不可能的。

本国公民，① 但其中任何一个国家都不得给予外交保护，以对抗另一国。如果一个人没有任何国籍，就没有任何国家能够保护他，以

① 在"美国(亚历山大·特勒)诉奥地利和匈牙利"一案中(美国、奥地利和匈牙利三国求偿委员会，1928年；《判决与意见》，〔1929年〕，第71页)，所要判决的问题是：奥地利政府是否有权强迫父母为奥地利公民而出生为美国公民的亚历山大·特勒服兵役。委员会判称："受控诉的奥地利民事当局在行使其警察权时所采取的和奥匈军事当局所采取的行动，是奥地利对作为奥地利公民的求偿人采取的，而且求偿人是自愿居住在奥地利的。公民籍是由国内法所制定的规则决定的。依据求偿人自愿服从的奥地利法律，他是奥地利公民。奥地利和奥匈当局完全有权将其当作奥地利公民来处理。他当时是有双重国籍的，因而他居住在奥地利领土上并使自己受奥地利国内法所产生的奥地利公民的责任和义务的支配，是自愿冒着这种居住和受支配所附有的风险的。"

在"卡尼伐洛"一案中(常设仲裁法院的法庭，1921年；斯谷特：《海牙法院报告》，〔1916年〕，第284页)，法庭判称，"按照秘鲁立法(宪法第34条)，拉法尔·卡尼伐洛因出生在秘鲁领土因而是秘鲁人，另一方面，按照意大利立法(民法法典第4条)，却由于他是一个意大利父亲所生的从而具有意大利国籍；事实上，拉伐尔·卡尼伐洛曾经在若干场合下作为秘鲁公民而作行为，他不仅作为候选人参加参议院选举，而参议院是除秘鲁公民外不许其他任何人当选的，他却在参议院中成功地为其选举作辩护，而且特别是在取得秘鲁政府和秘鲁议会的授权后，接受了驻荷兰总领事的职务；在这些情形下，不论拉伐尔·卡尼伐洛在意大利是否具有作为国民的地位，秘鲁政府有权将其看作秘鲁公民并否定其作为意大利求偿人的地位。……"

在"弗里德力·得·波恩男爵诉南斯拉夫国家"一案中(南斯拉夫—匈牙利混合仲裁法庭，1926年，《年摘，1925—1926年》，第205号案件)，法庭判称：当一个人有权在一国主张一个国籍并在另一国主张另一国籍而国际法庭被请求决定应否承认一个人所实际上主张的国籍时，法庭的职责是考察，在两国之中哪一国存在有造成国籍的有实效联系而不是单纯理论联系在法律上和在事实上所必要的因素。但在"沙勒姆"一案中(美国和埃及，1932年，《年摘，1931—1932年》，第98号案件)，一个仲裁法庭声称："埃及政府所提到的所谓'有实效国籍'原则似乎在国际法上并未完全确立。著名的'卡尼伐洛'案曾采用这项原则；但是，当时所委派的仲裁法庭的这个判决还是个别的。尽管有'卡尼伐洛'案，若干政府的实践，例如德国政府的实践却是：如果两个国家依据国际法都有权把一个人看作其国民，这些国家之中任何一国都不能以这个人的名义对另一国提出求偿。……"

对抗任何其他国家。如果一个人是两个彼此作战的国家的公民(象有时所发生的那样),情形就特别困难了。为了防止发生双重或多重公民籍和完全没有公民籍(无国籍),曾经缔结有一些国际协定。

1930 年 4 月 12 日在海牙签订的关于国籍法冲突若干问题的公约确立了下述的一般原则:"第 1 条,每一国家依照其本国法律断定谁是它的国民。这项法律如符合于国际公约、国际惯例以及一般承认的关于国籍的法律原则,其他国家应予承认。第 2 条,关于某人是否具有某一特定国家的国籍的问题,应依照该国的法律予以断定。第 3 条,除本公约另有规定外,具有两个以上国籍的人,得被他所具有国籍的每一国家视为各该国家的国民。第 4 条,国家对于兼有另一国国籍的本国国民不得违反该另一国而施以外交保护。第 5 条,具有一个以上国籍的人,在第三国境内,应被视为只有一个国籍。第三国在不妨碍适用该国有关个人身份的法律以及任何有效条约的情况下,就该人所有的各国籍中,应在其领土内只承认该人经常及主要居所所在国家的国籍,或在只承认各种情况下似与该人实际上关系最密切的国家的国籍。(所谓'有实效的'或'积极的'国籍)。第 6 条,具有两个国籍的人,如果此项国籍并非由于他的任何自动行为而取得,经一国许可,得放弃该国的国籍,但该国给与更广泛出籍权利的自由者不在此限。如果该人在国外有经常及主要居所,而其所欲出籍国家的法定条件均已得到满足时,前项许可不得拒绝。"

4. 冲突法(国际私法)

与不同国内法律秩序的属地、属人和属物效力范围密切有关的,是所谓冲突法或国际私法(以别于国际公法)的问题。这个概念通常被界说为一些法律规则的点合,这些法律规则将适用于判决涉及一个以上领土的案件时两种法律体系的冲突。这些规则的

主题被认为是在这种案件中决定哪一种法律有优越性，或者是对这种案件选择所应适用的法律。

1. 所包含的问题：一国机关适用另一国法律。照例，一国的适用法律机关，特别是法院（但不限于法院），在法律上只应适用——除国际法外——该国内法律秩序的规范，即作为该机关所属国的法律。这种法律是由习惯、国家立法机关、国家法院或其他有权创造法律的机关按照国家的成文或不成文宪法所创造的法律规范组成的。作为这项规则的例外，一国适用法律的机关，特别是一国的法院，对于其本国法律所决定的某些案件，可能有义务适用另一个国内法律秩序的规范，就是说，适用另一国的法律。这些案件的特征是：这些案件与外国国内法律秩序的属地或属人效力范围有某种关系。所谓冲突法或国际私法的典型案件是：在外国领土上结婚的效力、关于在外国领土上不动产的权利和义务，在外国领土上所犯的罪行、在主张管辖权的国家的领土上居住的人对外国公民籍的取得或丧失。

一国的机关所应适用的外国法的规范，可能是另一国的私法或公法的规范，而且在后一情形下，可能是刑法或行政法的规范。如果规定适用外国法的规则被称为国际"私"法，这一名词并不是十分正确的，因为还存在有——在这个意义上——国际刑法和国际行政法。在这一切情形下，法律问题是完全一样的。

问题的主要一点似乎是一国的法律为另一国机关所适用。但是，如果一国机关按该国家的法律对某一案件适用外国法的一个规范，该机关所适用的规范就成为适用该规范的机关所属国的法律秩序的规范。只有在一国机关，特别是法院，按照本国的法律，最后是按照本国的成文或不成文宪法，必须适用另一国法律的规范的情形下，该国机关才能适用另一国法律的规范。国家机关所适用的规范，只有该规范的适用是该国的法律所指示的，对于该

国法律的效力范围才是有效的。就其效力理由来说，它就是该国法律体系的规范。使一国法院负有义务对某些案件适用外国法的规范的这项规则，就具有将外国法的规范并入该国法律之内的效果。

一国机关所适用的外国法的规范，只有就其内容来说，才是“外国的”。就其效力理由来说，它是应予适用的机关所属国的法律的规范。严格地说，一国机关只能适用——除国际法外——本国法律秩序的规范。因此，说某一国家的法律秩序的一项规则使该国机关有义务适用——在某些案件中——另一国法律秩序的规范，这种说法并不是对有关法律事实的正确描述。所谓国际私法的规则的真正意思是，一国的法律指示其机关将该国本国法的规范适用于某些案件，但这些规范却有着另一国法律的相应规范的同样内容。只有我们经常记住其真正意思，我们才可以说一国适用另一国的法律。

2.所谓国际私法：是国内法，在例外情形下是国际法。关于一国法律为另一国机关所适用的情形，可以区别两种不同的可能性、(1)国家在法律上有对某些案件适用或不适用另一国法律的自由，(2)国家依据一般或特别国际法有对某些案件适用另一国法律的法律义务。有些作者否认有一些一般国际法规则，使国家负有对某些案件适用另一国法律的义务。就适用另一国私法的规范来说，这似乎是对的。但是，如果考虑到不仅适用另一国私法，而且适用其公法，那么，就不能否认，是有一些一般国际法规范使国家负有对某些案件适用另一国法律的义务的，例如这样一个国际法规范：一国法院不得查问另一国在其管辖权内所作的行为。举例来说，如果一国法院要判决一个人在法律上是否被有关没收法令所合法地剥夺掉财产、或一个公司是否被另一国的国有化法令所取消、或一个人是否由于入籍行为而取得另一国国籍等问题，法院

就必须按照别的国家的造法行为来判决这些问题。这就意味着，法院按照一般国际法必须适用另一国法律。[①] 但是，甚至另一国私法的规范的适用也可能是一种义务，例如，由于一般国际法关于外国人待遇的规范的结果。有些作者主张，一国依据一般国际法有义务按照外国人的本国法来判断外国人根据其本国法所取得的权利的效力。[②] 但是，一般国际法确实只在有限程度内设定适用外国法的义务。如果没有条约使一国负有对某些案件适用外国法的义务，国家在这方面照例在法律上是自由的。它可以按照其认为恰当、公正等原则，用其本国法律来规定对某些案件适用外国法。因此，国际私法（刑法，行政法），在没有一般或特别国际法使国家负有义务对某些案件适用外国法的情形下，就不是国际法，而是国内法。作为通例，只有所谓"公"法才是国际法。

---

① 在"拉札尔兄弟公司诉米德兰银行"一案中（《1933年法律报告》，上诉案件，第289页），上议院维持上诉法院所作的判决，认为一个被苏维埃政府收为国有的俄国银行已经不存在了。莱特勋爵声称："该银行是沙皇的一个法令所成立的一个法人，但英国法院所承认的俄国统治当局现在是而且自1917年10月以来已经是苏维埃国家。因此，从同一日期起，由于我国于1921年事实上并于1924年法律上承认苏维埃国家为俄国的主权权力，苏维埃法律就是支配的法律。……所以，问题是：依据苏维埃法律，该银行在当时是否是一个现存的法人。……我想（俄国法律家作为双方的专家证人所提出的证据）不得不作出下述事实上的结论：依据作为实体法的苏维埃法律，该银行于1930年在俄国是不存在的。……"在"美国诉纽约银行和信托公司"一案中（《联邦报告》，卷77，第866页），美国巡回上诉法院（第二巡回）判称（1935年），原告请求禁令的动议，必须根据下述看法予以拒绝，即莫斯科火险公司已为俄国法令所解散，其一切权利、所有权和利益及其所有股东对其财产的一切权利、所有权和利益，包括存放于纽约州保险监督官的存款，都已被俄罗斯国家所没收与征收。法院声称："当行政部门承认了苏维埃政府，司法部门就必须承认苏维埃法令在苏维埃领土上自苏维埃政权开始之日起就是有效的。"参见"路德诉沙哥尔"和"柏恩施坦诉范·黑根兄弟公司"等案。

② 参见维尔特洛斯：《国际法》，（1937年），第143页。

第四节　国际法决定国内法律秩序的属时效力范围(国家在时间上的存在)

1. 时间作为国家的要素

传统学说的特征是，它认为空间——领土——是，而时间不是国家的“要素”。但是，国家不仅存在于空间上，而且存在于时间上；如果我们把领土看作国家的一个要素，那么，我们就必须把国家存在的时间也看作国家的一个要素。当人们说一个以上的国家不能存在于一定空间上，这显然就是说，一个以上的国家不能同时存在于同一空间上。象历史所表明的，两个不同的国家能够先后，至少部分地，存在于同一空间内，这是不言而喻的。

正象领土作为国家的一个要素，并不是象一个物体那样为国家所填满的一个自然空间，而只意味着它是国内法律秩序的属地效力范围一样，时间，即存在期间(作为一个要素)，只意味着它是相应的属时效力范围。正象国家在空间上不是无穹限的一样，国家在时间上也不是永久的。正是同一的秩序调整了许多国家在空间上的共存及其在时间上的先后。正是国际法划分了国内法律秩序的属地以及属时效力范围。一国开始存在的时间，即国内法律秩序开始有效的时刻，以及一国终止存在的时刻，即国内法律秩序终止有效的时刻，是实在国际法按照实效原则所决定的。国内法律秩序的属地和属人效力范围是按照同样的原则决定的。

2. 国家的诞生和死亡

国内法律秩序的属时效力范围问题通常被说成为国家的出生和死亡问题。一般都承认，一个新国家是否产生或者一个旧国家是否终止存在的问题，是要根据国际法来回答的。有关的国际法

原则通常被说明如下：当生活在一定领土上的一群人在一个有实效的和独立的政府下组织起来的时候，一个国家就产生了；当一个国家失去其主要要素之一——其居民、其领土、或其独立的和有实效的政府——的时候，它就终止存在了。一个政府如果在法律上不是在另一国政府影响之下的，而是独立的，如果它能够使其所产生的强迫性秩序得到永久的服从，它就是有实效的。显然，既然国家就是国内法律秩序，国家的出生和死亡问题就等于这样一个问题：在什么情况下，国内法律秩序开始和终止为有效？对国家在什么时候出生和死亡的问题通常所作的答复的意思就是：国内法律秩序在其成为——大体上——有实效时，就立即开始有效，而在其失去这种实效时，就立即终止有效。

如果认为当一个独立的政府所确立的强迫性秩序对于生活在一定领土上的一群人成为有实效时一国就产生了，那就是假定，该强迫性秩序所曾实施的领土，以及生活在该领土上的个人，在这以前，还没有成为一国的领土和居民。这块领土以及居住在该领土上的个人，到此时为止是不属于任何国家的，或者曾经属于两个或几个国家的，或者只是一国领土和居民的一部分、如果一个政府成立起来，对已经为一国领土和居民的一块领土和一群居民取得对其秩序的永久服从，也就是说，如果一个新政府的领土和居民与先前的另一政府的领土和居民是一样的，那么，这就不是产生了一个国际法意义上的新国家，而只是成立了一个新政府。但是，政府只有是通过革命或政变成立的，才能认为存在有这种意义上的新政府。

3．国家的同一性

关于国家的同一性问题，即尽管国内法律秩序的内容和效力范围有某种变更而国家是否不变的问题，在国际法上，首先对于下

述一个问题是重要的，即尽管有这些变更，一国的国际义务、责任和权利是否依然一样。如果国家不变，其义务、责任和权利也就不变。关于国家的同一性问题，传统的学说没有给予明确的和公认的答案；一部分是因为同一性的一般概念是很有问题的，① 一部分是因为国家的同一性的特殊问题可以从两种不同观点予以不同的回答。从一国的本国国内法律秩序的观点来看，只要这个秩序的变更，甚至法律规范的内容上或属地效力范围上的根本变更，是按照宪法行事的结果，一国就未变，但是，这是以这种变更并不意味着整个国内法律秩序效力的终止为条件的。后一种变更的情形是，例如，一国由于其自己的立法行为而合并于另一国。例如，奥地利共和国按照其国民议会 1918 年 11 月 12 日通过的法律（但未执行），被宣布为德国的一部分。按照 1938 年 3 月 13 日发布的类似的奥地利法律，奥地利被合并于德国。

从国内法律秩序本身的观点来看，国内法律秩序的连续性是与这个法律秩序所构成的国家的同一性相一致的。但是，如果变更是革命或政变的结果，国家的统一性问题就只有从国际法律秩序的观点才能得到肯定的回答。按照国际法，在革命或政变的情形下，如果领土基本上是一样的，国家就没变。这样，国家在时间上的同一性是以领土的同一性为直接根据的，而居住在该领土上的居民的同一性只是间接的根据。

如果领土发生变更而不中断国内法律秩序的连续性，就是说，从该国国内法的观点来看，变更是合法的，那么，从国际法的观点来看，国家的同一性也被认为是不受影响的。例如，从国际法的观点来看，南斯拉夫和塞尔维亚被认为是同一国家，虽然按照

---

① 有些哲学家否认有同一性这样的东西。赫拉克里特的话是人所周知的，他说："人不能两次进入同一条河。"

1918—1919年和约，南斯拉夫的领土有了很大的扩充；①土耳其共和国被视为与土耳其帝国是同一国家，尽管该国的领土由于第一次世界大战的结果而显著地缩小了。②国家的同一名称并不是国家人格的同一性所必要的。一国可以改变其名称而不丧失其同一性。另一方面，奥地利共和国和奥地利帝国不是同一国家，虽然前一国家拥有由于第一次世界大战的结果而消灭了的后一国家的同一名称。③

从国际法的观点来看，尽管政府发生革命变更，如果领土——和居住该领土上的居民——大体上相同，国家是不变的，这项原则只有在国家于国际法上存在的连续性并不中断的情形下，才是适用的。如果一国按照国际法已经终止存在，其连续性就中断了，例如，该国领土为另一国所兼并，并在同一居民所居住的同一领土上

---

① 在"卡茨和克鲁姆普诉南斯拉夫"一案中(《年摘，1925—1926年》，第24号案件)，德国和南斯拉夫混合仲裁法庭(1925年)判决，塞尔维亚-克罗地亚-斯洛文尼亚王国不是凡尔赛条约第297条第8款的意义内的一个"新国家"。

② 在"土耳其债务仲裁"一案中(《年摘，1925—1926年》，第57号案件)，仲裁人判称(1925年)，在国际法上，土耳其共和国被认为继承前土耳其帝国的国际人格。

③ 在圣日耳曼和约中，奥地利共和国被认为就是奥地利帝国。该共和国被迫与协约及参战各国缔结和约，这就包含有该共和国曾经对这些国家作战的意思；而且和约第177条规定，该共和国对"协约及参战各国政府及其国民因奥匈帝国及其各盟国之侵略，以致酿成战争之后果，所受一切损失与损害…担负责任"，这就意味着，奥地利共和国对作为奥匈帝国一部分的奥地利帝国所引起的损害担负责任。所有这一切是不顾奥地利共和国的领土只是前帝国领土的一小部分的事实的。但是，在"奥地利恤金"一案中(《年摘，1925—1926年》，第25号案件)，奥地利最高法院(1925年)判称，奥地利共和国和奥地利帝国不是同一国家。法院把圣日耳曼和约解释为不与这种看法相违反。这种解释很难说是正确的。在"军事勋章恤金"一案中(《年摘，1925—1926年》，第28号案件)，奥地利宪法法院(1926年)判称，奥地利共和国不受前奥地利帝国的债务的拘束，除非共和国所订立的条约或奥地利共和国国内法另有规定。这就包含有这样的意思：奥地利共和国和奥地利帝国不是一个国家。

建立起一个独立的国家。虽然通常说这是旧国家的重新建立，但从国际法的观点来看，它是一个新产生的国家。例如，1938年，奥地利共和国被合并于德国，因而奥地利共和国终止了存在。1945年，奥地利共和国"重新建立"了，这就是说，在1938年德国所兼并而仍为前奥地利人民所居住的领土上成立了一个以奥地利为名的国家，依据与兼并时有效的宪法不同而与1929年有效的宪法的内容相同的宪法建立起来了。奥地利第二共和国是一个新国家，因为无论从国内法的观点或从国际法的观点来看，在第一和第二共和国之间的关系上是没有任何法律连续性的。

按照传统的看法，一国在其失去国家的要素之一时就终止存在。一国可以由于移民而丧失其居民，或者可以在其领土是一个岛屿而该岛屿由于地震而被海洋淹没的情形下丧失其领土。一国在下述情形下也终止存在，如果政府已经不具有实效，这就是说，如果政府已不能使先前对该领土有实效的强迫性秩序得到服从；或者如果政府终止存在，也就是说，如果先前原为一个国家的共同体丧失其自己的独立政府。如果一国丧失了其自己的政府，而且它没有一个独立于他国政府之外并能使对该领土有效的强迫性秩序得到永久服从的政府，它就停止了存在。这样，该领土可以成为无主土地，或者由于兼并而成为另一国领土的一部分，这就是说，由于明显被合并于他国领土内或用其他方式置于另一国的主权即统治之下而成为另一国领土的一部分。如果不同的领土在法律上是在同一政府之下的，它们就是属于同一国家的，因为正如一国只能有一个领土一样，一国也只能有一个国际法意义上的政府；如果只有一个政府，那么，就只能有一个国家。一国可能终止存在，如果其领土成为两个或两个以上其他国家的领土(分裂)或两个或两个以上国家的共同领土(共管)。如果一国的领土在其政府终止存在后被置于两个或两个以上其他国家的统治之下，这就构成了领土

共管。由于第一次世界大战的结果，奥地利帝国因分裂而终止存在；在其领土上成立了一些新国家——捷克斯洛伐克和奥地利两共和国以及波兰共和国的一部分。由于第二次世界大战的结果，德国因丧失其政府而终止存在，因为德国的最后全国性政府被取消，其政府成员被控告为罪犯。其领土被置于占领该领土的四国——美国、英国、法国和苏联——的统治之下，因而是在其共管之下，并通过四国各派代表一名参加的管制委员会来管理其领土的这一共同部分。西部和东部德意志共和国是两个新国家，如果它们是国际法意义上的真正国家的话。但这是令人怀疑的，因为它们依据其宪法所具有的政府在法律上并不是独立于各占领国政府的。

如果有关领土在其整体上仍是一国的领土，而且如果国家在国际法上的存在的连续性并未中断，那么，就不可能认为一国已经终止了存在，而另一国已经在同一领土上产生。它是连续存在着的同一国家，不过是在一个通过革命或政变取得政权的新政府之下继续存在的。

上述考虑的结果是：尽管一国法律秩序的内容和效力范围发生变更（如果变更是以合宪方式引起的），一国就是不变的（换句话说，尽管发生这些变更，一国的同一性是不受影响的），但是，如果变更是革命或政变所引起的，那么，只有在领土（和居住领土上的居民）大体上不变的情形下，一国才是不变的，但是，这是以国家在国际法上存在的连续性未中断为条件的。胜利的革命或成功的政变并不破坏其所变更的法律秩序的同一性，如果该法律秩序的属地效力范围还是一样的话。如果革命或政变所成立的秩序对同一领土是有效的，它就应被视为旧秩序的修改，而不是一个新秩序。按照国际法，只要国家的同一性不受革命或政变的影响，用违宪方法取得永久权力的政府就是该国的合法政府。因此，按照国际法，胜

利的革命或成功的政变应被解释为国内法律秩序可能发生变更的程序。从国际法来看，这两种事变都是造法事实。由于单纯的革命或政变，法律连续性虽在国内法上中断了，而在国际法上却是没有中断的。这又是"权利可以来自非法行为"的情形，而且所适用的又是实效原则。

4．对一个共同体作为一个国家的承认

1．*承认是对法律所决定的事实的确定*。一般国际法决定在什么条件下一个共同体是国家，亦即国际法的主体。如果国家是国际法主体，国际法就必须决定什么是国家，正象国内法要决定谁是国内法规定的义务和权利的主体一样——例如，主体是人而不是动物，或者是自由人而不是奴隶。如果国际法不决定什么是国家，那么，国际法的规范就将无法适用。

按照国际法，如果一个社会秩序是一个比较集中化的调整人的行为的强迫性秩序，如果这个秩序只是低于国际法律秩序的，而且如果它是对某一领土有实效的，它就是一个国内法律秩序，即一国的法律。如果用通常的人格化的说法来表达，这项规则就是：如果属于一个共同体的个人是居住在某一领土上而且是在一个独立和有实效的政府下组织起来的，这个共同体就是国家。这就是"国际法意义上的国家"的事实。它是国际法附以各种重要后果的一个事实。

如果一个法律秩序是在一项抽象规则上对某一事实附加以某些后果的，它就必须决定一种程序，通过这种程序由主管当局在一个具体情形下对事实的存在加以确定。在法律的领域内，并没有什么"自在"的事实，没有什么立即显明的事实，而只有按照法律所决定的程序由主管当局加以确定的事实。

在现代国内法下，对法律上有关事实加以确定的程序照例是

集中化的，这就是说，国内法设立有一些特殊机关以执行这种职能，特别是对刑事不法行为的存在加以确定。其他事实的确定也交给一些特殊机关，至少如果各关系当事人对事实的存在有所争论的话。例如，关于一个契约是否已经成立的问题，是由缔约各方决定的；但是，如果他们意见不一致，如果他们之间对这一问题有争执，一方主张契约已经成立而另一方则加以否认，那么，民事法院就有权判决这一问题，就是说，以权威的方式对有关事实加以确定。

既然一般国际法并未设立——象国内法那样——有权对法律所附以法律后果的事实加以确定的一些特殊机关，所以它总是让各有关国家，即对事实有利害关系的各国，用协议的方法（如果涉及两个或两个以上的国家）去执行这种职能的。但是，如果不能达成这种协议，每一个国家就被授权自已来确定有关事实的存在。正如上面所指出的，这是对一般国际法上国际不法行为加以确定的程序。它是按照一般国际法对任何有关事实加以确定的程序。①

---

① 如果有关各国的对事实的存在或其法律性质不能取得一致意见，争论就可能发生，而这种争论就要按照一般或特别国际法的规范予以解决。在"哥伦比亚和秘鲁庇护权"一案中（《国际法院报告》，1950年，第266页），国际法院（1950年）判决这样一个问题：以1928年2月20日在哈瓦那签订的公约为根据允许被秘鲁政府控诉的海亚·得·拉·多勒尔先生在哥伦比亚驻里玛（秘鲁）公使馆内受庇护的哥伦比亚政府，是否有权以该庇护为目的用单方和明确的决定对该罪行的性质加以识别，使秘鲁受拘束。法院在判决书中，就一般国际法作了说明："外交代表在决定允许或不允许避难者受庇护时，必须有权对据称避难者所犯的任何罪行作这种暂时性的识别。事实上，他必须研究允许庇护所必需的条件是否已经符合的问题。领土国并不因此而被剥夺否定这种识别的权利。如果两国之间意见不一致，争端就会发生，而这种争端就可以用双方所规定的解决其争端的方法来解决。"法院进一步说明："国际法原则并不承认任何关于给予外交庇护的国家单方和明确的识别的规则。"法院提到"同等的识别权利，这种权利在没有任何相反规则的情形下必须是归属于有关各国中（接下页注）

既然一般国际法是由一般性规范组成的，它就只能抽象地决定“国家”这个法律事实。但是，按照一般国际法，问题是怎样决定的呢？在一个具体情形下，“国际法意义上的国家”这个法律事实是否存在呢？一定的人组成的共同体是否实际上具有国际法主体所必须具备的特质？换句话说，国际法是否适用于这个共同体和其他国家之间的关系呢？什么是对“国际法意义上的国家”的事实加以确定的程序？谁有权来确定该事实？一般国际法所规定的对在一个具体情形下“国际法意义上的国家”的事实加以确定的程序，被称为承认；有权确定这个事实是否存在的，是对该国家的存在有利害关系的其他国家的政府。对一个共同体作为国家的承认，就其含有对一个共同体是国际法意义上的国家的事实加以确定的意思来说，就是适用一般国际法所规定的用以确定法律上有关事实的程序。

2．法律承认和政治承认。 一种行为称为对一个共同体作为一个国家的承认，其性质在国际法学说上是很有争论的。按照一种学说，承认行为具有构成的性质，这就是说，它是国家取得法律上存在所必要的，而国家未经其他国家承认，在对其他国的关系上就是不存在的。按照另一种学说，承认行为并不具有这种构成的性质；它只是宣告性的。一国即使未经其他国家的任何承认并在这样的承认之外，仍然可以取得法律上的存在。承认一个共同体为国家，只意味着宣告这个共同体作为一个国家而存在，承认国认识到被承认国的存在；但这种宣告没有任何法律效果。① 即使

（接上页注）每一国的。”至于1928年的哈瓦那公约，法院声称：“这项公约规定了某些关于外交庇护的规则，但是并没有任何规定赋与庇护国以片面的职权，对罪行作出对领土国有确定的、有拘束力的识别。”法院就下述一点否定了哥伦比亚政府的诉辩，即：“它〔哥伦比亚政府的诉辩〕要使哥伦比亚作为庇护国，有权以单方面和明确的决定对罪行的性质加以识别，使秘鲁受拘束。……”

没有承认，有关国家在法律上是存在的，特别是对于未承认的国家。②有些作者认为承认是单方行为；另一些作者则认为是承认国和被承认国订立的条约。

对于在国际关系上经常作出的最重要行为之一竟有这种令人惊异的意见不一致，可能是由于对承认问题有某种混淆不清的缘故。这种混淆不清的原因是，人们没有清楚地区别两种完全不同的行为或同一行为的两种不同职能。而两者都被称为“承认”。这两种行为或职能之一的意思是：承认国确定了被承认的共同体是国际法意义上的国家。这是法律意义上的承认。另一种行为或职能的意思是：承认国愿意与被承认国成立政治和其他关系，成立国际大家庭各成员之间通常存在的关系。这种行为或职能，如果称为承认，应指明为政治承认，以别于法律承认，即对“国际法意义上的国家”的事实的确定。由于按照一般国际法，一国并无与他国成立这种关系——如派遣或接受外交代表、缔结条约等——的义务，因而对一国的政治承认是一种属于承认国任意作决定的范围内的行为。

政治承认的声明本身不一定具有法律后果，虽然它在政治上可能是十分重要的，特别是对于被承认国的威望来说。一国所作的其愿意与一个新国家建立政治、经济和外交关系的声明，可以不具有承担建立这种关系的法律义务的意思。只有政治承认为被承

---

① 本书作者在《国际法公约一般理论》（《国际法学院教程汇编》，第42卷（1932年），主张承认的宣告性学说。但是上文所提的理由迫使其放弃这种学说。

② 在“德国大陆煤气公司”一案中（发表在《外国公法和国际法杂志》[1931年]，第2卷，第14页），德国和波兰仲裁法庭（1929年）声称（译自法文原文）：“……对一国的承认不是一个构成行为而只是一个宣告行为。国家本身存在着，而承认不过是对该存在的确定（确证）……”但是，法庭的一个表示异议的成员发表了这样的意见：“对一个新国家的承认意味着，各承认国给予被承认国以法人的资格；它们允许新国家加入国际共同体为一个成员。”

认国所接受，这就是说，只有承认国和被承认国之间缔结了关于建立某种关系的条约，政治承认才确立了承认国和被承认国建立正常关系的义务。这种条约是以新国家的存在为前提的。所以，对于这种存在，该条约是不能具有构成的性质的。

完全与政治承认不同的，是对一个共同体作为国家的法律承认，也就是一国确定一个共同体是国际法意义上的国家的行为。这种行为可以用任何方式作出，其意义可以直接地或间接地、明示地或默示地表达出来。事实上，法律承认通常是与政治承认在同一行为中相结合的。这就是为什么在传统的国际法学说中没有把称为"承认"的行为的两种根本不同的职能清楚地加以区别，为什么这个学说对于承认的性质总是纠缠在极不适宜的矛盾之中。

按照国际法，法律承认确是必要的。一般国际法决定在什么条件下一个共同体被认为一个国家，因而，它规定了一种程序．决定在一个具体情形下一个共同体是否符合了这些条件，从而是或不是国际法意义上的国家。国际法授权对该共同体有义务和权利关系的各国政府——按照一般国际法——去决定这个问题，如果该共同体是一个国家的话。诚然，对另一国的存在或不存在有利害关系的国家的政府并不是决定该问题的一个客观的、公正不偏的权威。但是，既然一般国际法没有成立创造和适用法律的特殊机关，法律事实的存在就只能由有利害关系的各国政府来确定。这种确定被称为"承认"。正如上面所指出的，对一个共同体作为一个国家的法律承认只是一般原则的一个特殊情况，按照一般原则，在一个具体情形下，国际法所附以法律后果的一些事实的存在是由与这些事实有利害关系的各国政府来确定的。这是国际法极其分散化的一个后果。

3. 法律承认行为的构成性。 在决定自己主张为国家的一个共同体实际上是否国际法意义上的国家这个问题时，其他国家

政府并不是自由的。如果一个共同体符合了——按照现有各国的意见——国际法的要求，现有各国有否承认这个共同体为国家的法律义务，这是有疑问的。但是，毫无疑问的是，如果一国承认另一共同体为国家，它是受国际法拘束的，因为国际法一般决定着国家的要素。如果一国承认了未符合国际法要求的一个共同体为国家，它就违反了国际法，从而也就侵犯了其他国家的权利。一旦一国通过其政府已经证明一个共同体是国际法意义上的国家，就是说，一旦一国承认该共同体为国家，承认国就对被承认的共同体立即具有一般国际法所规定的一切义务和一切权利，反之亦然。国际法就适用于承认国和被承认国之间的关系。

国际法要求旧国家承认新国家为国家，以便国际法可以适用于新旧国家之间的关系。但是，国际法并不要求国际法为新国家所承认，以便适用于该国家。国际法不包含有这样一个有拘束力的规范，即国际法只有为一个新国家所承认，才适用于这个国家。以承认国际法为国际法效力的条件的要求是不能以国际法为根据的，因为这就将含有一种逻辑上的谬误，所谓“以假定为论据”。国际法不能这样规定：只有一国承认了国际法，国际法才对该国有效。国际法对于一国有所“规定”的事实包含着国际法对于该国已经有效的意思。对国际法的承认不能是实在国际法的规范所要求的。但是，已经受国际法支配的一个共同体对一个共同体作为一个国家的承认，则可以是一个实在国际法规范所要求的。事实上，国际法是这样规定的：一个共同体要成为国际法意义上的国家，就必须由依据国际法已经存在的国家承认为国家。因此，由于被承认为国家，被承认的共同体对于承认国才在法律上开始存在。这就意味着，一国在国际法上的法律存在是一种相对的存在，这就是说，一国只在其对其他国际法主体的关系上才是法律上存在的。因此，可能的情形（也往往是）是：一个新建立的共同体为一国所承

认，从而在对这个国家的关系上是一个国家，而不为另一国所承认，从而在对于那个国家的关系上不是一个国家；因而国际法适用于前一种关系，而不适用于后一种关系。

这是一般国际法的完全分散化的许多不能令人满意的后果之一。当然，如果关于一个共同体是否符合国际法的要求的问题由国际共同体的中央机关来决定，或者如果有这样的一般国际法规则，即一个共同体如果被一定数目的国家承认为国家，就应该为一切其他国家承认为国家，那么，情形就会比较令人满意。但是，只要这样的中央机关或这样的规则不存在，承认程序就仍然是完全分散化的。

鉴于承认行为在承认国和被承认国之间的关系上具有重要的法律效果，对一个共同体作为国家的承认就必须被认为是一个构成行为，① 正如法院确定一个契约已经订立或一个罪行已经作出

① 在"肯尼特诉浅布尔斯"一案中(美国最高法院，1852 年，《豪瓦德》，第 14 卷，第 38 页)，因争取得克萨斯独立而对墨西哥政府作战的革命军中一名军官和一些美国公民之间所订立的契约的效力，是决定于下述一个问题的答案：在订立契约时，得克萨斯是否是一个独立国家。法院对此问题作了否定的判决，因为得克萨斯当时未经美国政府承认为国家。法院在其意见中声称："但有人在辩论中曾经极力主张：得克萨斯当时是事实上独立的，而且在订立合同时是一个主权国家；中立国公民可以合法地借款给从事战争的国家，使其有能力对其敌国进行战事。在我们这个案件中，没有必要去决定，当两个被认为独立的国家进行战争而美国守中立时，美国法庭要实施象这样的契约到什么程度的问题。下面一点就是上述观点的充分回答：得克萨斯在当时是否已经成为独立国家的问题完全是我国政府中负责我国对外关系的部门的问题。而且直到该部门承认它是一个独立国家时为止，美国法院应当认为旧的事物秩序还在继续中，并把得克萨斯看作墨西哥领土的一部分。如果我们从事查究，在得克萨斯为缔约权所承认为独立主权国家之前在事实上是否已经成为独立主权国家，那么，我们就要使我们自己来行使政治权力，而政治权力是法院完全不宜行使的，而且是宪法完全给予另一个部门的。……"

在"加加拉号"一案中(《年摘，1919—1922 年》，第 25 号案件)，原告俄国西

(接下页注)

的行为一样。任何事实本身都不具有法律效果，它只有连同对事实的存在加以确定的行为一起，才具有法律效果。具有这种法律效力的行为是“构成性”的。

如果对一个共同体作为一个国家的承认是一个构成行为，它就必须是单方行为；它就不能是承认国和被承认的共同体之间的条约，因为后者只有经过承认，才在对前者的关系上成为一个国家，而且条约只能是国家所订立的。但是，在被承认为国家后，被承认的共同体的方面就必须承认承认国。承认必须是相互的。被承认国对承认国的承认并不是实际问题；它是包含在新的共同体用以接受对其承认的行为之中的。

对一个共同体作为一个国家的承认（法律意义上的承认）的构成性质，似乎不符合于使尚未被承认为国家的共同体对违反国际法的行为负责的各国实践。例如，英国政府于1949年声明：它将就英国飞机被击落一事，要求以色列政府补偿，虽然英国还没有承认以色列为国家。① 但是，如果一国主张有关共同体对于该国违

（接上页注）

部轮船公司，在口供书中声称，在彼得格勒有已注册的事务所的一个法人团体，在高级法院海事分庭（英国1919年）上发出物权票，主张对“现以卡亚为名而航行的轮船加加拉号”加以占有。爱沙尼亚政府出庭提出抗议，并且动议撤销传票、传达以及所有后来的程序，理由是：爱沙尼亚政府是加加拉号的所有人；由于它是一个独立主权政府，法院没有管辖权。当动议提到海事法院时，法院就爱沙尼亚政府的地位问题请求外交部协助。于是，法律顾问官出了庭并代表外交部声称：“我国政府（法国和意大利政府也是一样）目前暂时——至于将来则附有一切必要的保留——承认爱沙尼亚全国委员会为一个事实上的独立团体，因而接受某先生为该临时政府的非正式外交代表。事实状态当然是暂时的和过渡性的。……”这项声明的意思是，英国政府已经承认爱沙尼亚共和国为国际法意义上的国家。鉴于这样的承认，法院按照一国法院对他国的行为无管辖权的国际法原则，拒绝行使管辖权。

① 1949年1月8日，英国驻联合国的代表将下述备忘录交给以色列临时政府在

（接下页注）

反了国际法，因而有赔偿不法行为的义务，那么，要求赔偿的国家就承认了该共同体为国家。法律承认是包含在要求赔偿的行为之中的，虽然可能不给予政治承认。

4．承认的撤回。一国政府不仅可以承认一个共同体为国家，也可以直接地或间接地、明示地或默示地确定一个自称为国家的共同体不是国际法意义上的国家，或者确定其所曾承认为国家的一个共同体已经终止为国际法意义上的国家。在后一种情形下，人们说是承认的“撤回”。这种承认的撤回通常不是明白宣示出来的。但是，当一国由于其领土为另一国所兼并而丧失其自己的政府时，而且如果第三国承认了这一事实，对兼并的承认就意味着撤回先前对已灭亡的国家的承认。对兼并的承认，而且这就意味着对被兼并国已经终止存在的承认，可以包含在被兼并领土上设置领事的行为中，因为在一定领土上设置领事，只有经过作为该领土上合法政府的当局的同意，才是可能的。这种同意被称为“领事证书”。如果一国政府请求另一国政府对在某一领土上设置的领事发给领事证书，前一政府就承认另一国政府是该领土的合法政府，因而该

（接上页注）

联合国安全理事会上的代理代表，以色列驻纽约总领事：“英王陛下政府对于在后附的声明上所记载的，由于犹太飞机在埃及领土上空无端攻击的结果而使5架英国飞机遭到损失的事件，持有严重的看法。英王陛下政府已将这些事件通知联合国代理调解人，并愿向在特拉维夫的犹太当局提出强硬抗议，而且保留要求赔偿和嗣后采取一切可能行动的一切权利。——联合王国驻联合国代表团奉命请犹太代表团将这项抗议尽速转送特拉维夫，并且请该地当局特别注意后附的声明的最后一段。——本备忘录和声明一份已通过英王陛下驻海法总领事送出。”

同日，英国驻海法总领事将同文备忘录交给以色列外交部常驻海法的官员（根据作者从以色列外交部长的法律顾问洛森纳先生得到的消息）。应该注意，上引的备忘录是写给“在特拉维夫的犹太当局”的，而不是给以色列临时政府的，从而表明英国尚未“承认”这个国家。

领土便是被请求发给领事证书的政府所属国的领土的一部分。有些作者主张，一国政府可以请求另一国政府对在某一领土上设置的领事发给领事证书，而不承认该领土属于被请求发给领事证书的政府所属国。这种不承认只能具有政治性质，而不具有法律性质，它不能意味着，不承认的国家仍然认为被兼并的共同体是国际法意义上的国家。

当一国通过其政府证明前此被承认为国家的一个共同体不再符合国际法的要求时，就是说，当一国"撤回"其对一个共同体的承认时，后者于前者在法律上就不是一个国家了。正如上面所指出的，国家的法律存在是完全相对性的。

正如承认的行为可能是违反国际法的，撤回承认的行为也可能是违反国际法的。承认以及相反行为都可能与国际法相抵触。一国可能宣布一个曾经是国家的共同体已不是国家，虽然在事实上该共同体仍然符合国际法所规定的一切条件。这样，该共同体的权利就受到了侵犯。该共同体的法律存在问题，在该共同体和否认其存在的国家之间，就有了争执。这样，可适用的规则将是与在一国是否侵犯另一国的权利问题上按照一般国际法所应适用相同的规则。

5. 有条件的承认。 既然一国的承认作为一个法律行为，是对国际法所决定的一个事实的确定，它就不能是有条件的。一定共同体是否国际法意义上的国家这个问题是只能用"是"或"否"来回答的。承认声明的内容不可能附有任何条件。对一国的法律承认只能是无条件的。在有条件承认的情形下，例如，甲国声明承认新的乙国，而以该新国家给予其居民中某一少数民族以特殊权利为条件，这个条件不能认为是与法律承认有关的，即不能认为是与对乙共同体是国际法意义上的国家这个事实的确定有关的。该条件只能与政治承认有关，而在这种情形下，政治承认是与法律承认结

合在同一行为的。如果被承认为国家的乙共同体接受了甲国的声明，也就是说，如果乙对甲负有给予其居民中某一少数民族以特殊权利的义务，而不履行这项义务，那么，乙就侵犯了甲的权利，附有（按照一般国际法）违反法律的一切后果。对于以法律承认为根据的乙国在对甲国的关系上的法律存在来说，这种对法律的违反是没有任何重要性的。

6. 法律上的承认与事实上的承认。 在理论上和在实践中，通常把法律上的承认和事实上的承认加以区别。这种区别的意义并不十分清楚。一般讲来，人们认为，法律上的承认是最终的，而事实上的承认则只是暂时的，从而是可以撤回的。如果这种区别是涉及政治承认的，那么，必须看到，表示愿意与新国家建立正常政治和经济关系的声明，并不一定构成任何法律义务。即使这种政治承认不具有暂时的性质，它也不是一种法律行为，因而在这个意义上也不是法律上的承认。为了使政治承认不能被单方撤回，它就必须具有承认国和被承认国之间的条约的形式，即具有构成法律义务的条约的形式。这样，它就是法律上的承认，即使它被声称为事实上的承认——意味着暂时的承认。

这种区别只能在下述限制下适用于法律承认，即所谓事实上的承认也是一种法律上的承认，因为它是有法律效果的。但是，所谓事实上承认的这种法律效果和狭义的法律上承认的效果或许有所不同？情形并非如此。不错，一个特定的共同体是否符合国际法所规定的一切条件以便成为一个国家的问题，有时是难以回答的。在一个自以为国家的新的共同体刚刚产生之后，一定的事实是否完全符合国际法的要求，特别是该新秩序是否永久有实效和独立的，在有些情形下是有疑问的。如果在这个阶段上作了承认的法律行为，承认国可能愿意在其行为中提到当时情况，声称其承认只是事实上承认。正如上面所指出的，这种措辞是不十分确切的，因

为甚至这种承认也是一种法律行为，而且在承认国与被承认国之间的关系上是与法律上的承认具有同样的效果的。如果后来弄清楚了，被承认的共同体在事实上并没有符合国际法所规定的一切条件，那么，承认国可以在任何时候确定这一点；但是，即使承认不是被宣布为事实上的承认而为法律上的承认，这样的确定也是可能的。按照一般国际法，任何国家有权在任何时候确定这样一个事实，即一个曾经是国际法意义上的国家的共同体由于其已经不能符合一般国际法所规定的条件而不是这样的国家了。如果这种事实的确定被称为承认的"撤回"，那么，所谓承认的撤回，与该承认的行为相比较，是一个"相反行为"。

从法学的观点来看，法律上的承认和事实上的承认之间的区别是没有什么重要性的。

7.有追溯力的承认。既然按照一般国际法，各国并没有义务而只是被授权决定一个共同体是否一个国家或者是否已经不是一个国家，那么，决定是可以在任何时候作出，而不问这样决定的国家认为该共同体是在什么日期开始符合一般国际法所规定的条件的。有权确定这种事实的国家可以在其声明中定出日期。承认国可以声明，该共同体在承认或"相反行为"的日期以前已经开始或终止符合国际法所规定的条件，从而使其承认或"相反行为"具有追溯力。按照一般国际法，一些法律行为是可以有追溯力的。没有理由认为，承认行为或其"相反行为"是这项规则的例外。这些行为是否具有追溯力，是按照行为国的意思来决定的。这种意思必须以某种方式表示出来。一般国际法没有规定任何特殊的形式；事实上，不论承认或其"相反行为"都没有什么特殊的形式。

8。因加入联合国而得到的承认。一国可以用条约将其承认另一国的存在的职权移交给另一国或者给一个国家组合成其机

关。我们必须在这个意义上来解释联合国宪章第4条："一、凡其他爱好和平之国家，接受本宪章所载之义务，经本组织认为确能并愿意履行该项义务者，得为联合国会员国。二、准许上述国家为联合国会员国，将由大会经安理会之推荐以决议行之。"

这条规定并不意味着，只有所有联合国会员国都承认为国家的共同体才能加入联合国。因而，可能的情形是，即使一个共同体还没有被对其加入投赞成票或反对票的这个或那个会员国所承认为国家，这个共同体也可以成为联合国会员国。该共同体由于加入了联合国，对于一切其他会员国，甚至对那些投票反对该新会员国加入的会员国来讲，就成为宪章所规定的义务和权利的主体；而联合国其他会员国，甚至投票反对的会员国，按照宪章规定的规则，对于新加入的会员国就取得某些权利和承担某些义务。这只有在一种假定下才是可能的，这种假定是：新会员国由于加入联合国，在对尚未承认的国家的关系上，也被承认为一个国家。准许新会员国加入的大会决议，对于那些尚未承认该新会员国为国家的会员国来说，是包含承认的行为的。一国由于使自己受联合国宪章的约束，就把承认其所未承认的共同体为国家的职权，就是说，把对这一个共同体为国际法意义上的国家的事实加以确定的权力，移交给了大会和安全理事会。但是，这种职权的移交只限于该共同体加入联合国的情形。国际联盟盟约第一条第二段关于新会员国加入的规定，就曾经被这样解释过。

如果有人主张一个共同体加入联合国并不包含各会员国方面的承认，这只能意味着，一个共同体加入联合国并不包含各会员国方面对该共同体的政治承认，就是说，各会员国并没有与加入联合国的共同体发生正常外交、政治和经济关系的义务，按照宪章的规定，各会员国确实没有这样做的义务。但是，这种解释是否符合宪章的精神，是有疑问的，因为宪章在其序文中宣布，联合国人民决

心“以善邻之道”彼此相处。[1]

5.政府的承认

一个政府的承认——以别于一个共同体作为一个国家的承认——只有在一个新政府的情形下，就是说，只有在因革命或政变而成立的一个政府的情形下，才得到考虑。在按照宪法而成立的政府发生变更的情形下，照例是不要求承认或给予承认的。

1.*政府的法律承认和政治承认。*承认一个人或一群人作一国的政府的问题，与承认一个共同体作为一个国家所涉及的一些问题相类似。一个政府的法律承认在原则上必须与其政治承认相区别。前者是对一个人或一群人实际上是一国政府的事实的确认。如果一个人或一群人是独立的并且有实效地控制着居住在一定领土上的居民，这个人或这一群人就是国际法意义上的一国的政府。一个政府的政治承认是愿意与该政府发生相互关系的表示。既然国际法意义上的国家必须有一个政府，而一个没有政府的共同体就不是国家，因此，一个共同体作为一个国家的承认就包含有该共同体有一个政府的意思。只要一国承认另一个共同体是国际法意义上的国家，而且还没有声明这个共同体已经不是一个国家，它就不能声明这个国家没有任何政府。一个政府的承认或不承认，不应与一国的承认或不承认混为一谈。②只有对一个共同体作为一

---

① 联合国秘书长关于代表权问题的各法律方面的一项备忘录（联合国文件S/1466），否定了加入联合国构成所有会员国的一种默示承认的看法。只有所谓“承认”所指的不是法律承认，而是政治承认，这种解释才是站得住脚的。

② 在“李海流域铁路公司诉俄国”一案中（美国巡回上诉法院，第二巡回区，1927年，《联邦报告〔第二〕，第21卷，第396页），法院声称：“一个政府的承认或不承认是与国家本身的承认没有什么关系的。如果一个外国拒绝承认一个旧国家的政府的形式的变更，旧国家并不因此丧失对其作为一个国际人格者的承认。”

个国家的承认与一个人或一群人作为一国政府的承认之间不加以明显的区别，政府的不承认——不包括国家的不承认——的意思，才可能错误地被解释为在法律上不存在任何政府。①

---

① 这种错误解释的一部分原因是，在英文中，"政府"一词常被用以等于"国家"。例如，在"吴尔夫逊诉俄罗斯社会主义联邦共和国"一案中（美国纽约上诉法院，1923 年，《纽约》，第 234 卷，第 372 页，《东北区》，第 138 卷，第24页）对于在未经承认的苏维埃政府下的苏维埃俄国是否豁免美国法院管辖的问题在证明书中是这样提出的："被告未经美国政府承认为主权国家，能否作为外国法人在美国法院上被诉？"法院声称："俄罗斯社会主义联邦共和国是俄国现有的事实上的政府。是否存在有一个政府，它有权在本国领土内强制行使政府权威、得到其所统治的人民的服从、能担负一个独立政权的职责并履行其义务、能用军队来强制实行其主张，这是一个事实，而不是一个理论。因为虽然承认可能是值得向往的，但是承认并不创造国家。"

在"俄罗斯社会主义联邦共和国诉西勃拉里奥"一案中（美国纽约上诉法院，1923 年，《纽约》，第 235 卷，第 255 页，《东北区》，第 139 卷，第 259 页），关于苏维埃政府的某些没收法令，法院声称："如果有任何政府占取其他国家人民的财产而不予以赔偿，对付的方法似乎应是拒绝承认它是一个主权国家。"所谓"拒绝承认它是一个主权国家"，显然是指拒绝承认政府；而不是拒绝承认国家。

在"索柯洛夫诉美国花旗银行"一案中（美国纽约上诉法院，1924 年，《纽约》，第 239 卷，第 158 页，《东北区》，第 145 卷，第 917 页），法院声称："美国政府拒绝承认苏维埃共和国为俄国政府"；这只意味着，美国政府拒绝承认苏维埃共和国的政府，而不是说，美国政府拒绝承认苏维埃共和国。

在"道赫梯诉公平人寿保险公司"一案中，法院声称："1933 年 11 月 16 日，美国给予苏维埃共和国以正式承认"；这意味着美国承认苏维埃共和国的政府，而不是承认作为一个国家的苏维埃共和国。

由于把政府的承认说成国家的承认，因而也就把国家的承认说成政府的承认。例如在"琼斯诉加西亚·得·里奥"一案中（英国高级平衡法院，1823年，《特奈尔和罗索》，第 1 卷，第 297 页），一些自以为秘鲁政府代表的人（秘鲁由于革命而从西班牙分离出来并建立为一个国家）所订立的一个契约的效力决定于对秘鲁是否国际法意义上的新国家这个问题的回答。法院声称："我们都知道，秘鲁原是西班牙领域一部分，西班牙与我国处于和平状态，而我国尚未承认秘鲁政府，我要知道，假如秘鲁是这样肯定地脱离了西班牙的统治以致（接下页注）

在内战期间，哪一个自以为政府的个人或哪些一群人是政府，可能是有疑问的；在这种情形下，新政府的法律承认是必要的。这种承认，就被承认的政府在对承认的政府的关系上的法律存在而言，是构成性的。如果一国承认一个人或一群人为政府，虽然它并不符合国际法的要求，那么，该国家就违反了国际法和有关国家的权利。但是，如果一国政府毫无疑问地看到自称为另一国新政府的个人或一群人是独立的而且是有实效地控制着领土和居民的，那么，前一国政府对后一国政府的不承认就并不意味着，未经承认的政府在对不承认的政府的关系上是法律上不存在的。由于不给

（接上页注）

永远不能再属于西班牙，国王法院在我国政府尚未承认秘鲁政府时是否将进行干预。作为国王的法官，我对于与国王所未承认的国家订立的契约有什么权利进行干预呢？"

在"西班牙政府诉法院路安全保管有限公司"和"西班牙国家诉法院路安全保管有限公司"两个案件中（英国高级法院，1939年；《年摘，1941—1942年》，第7号案件），对"政府"和"国家"作了明显的区别。在第一个案件中，已经英国政府于1939年2月承认为西班牙的法律上政府的佛朗哥政府在英国法院上提起诉讼，在诉讼中，它以西班牙政府的名义提出了一项权利主张，而这项权利主张是以西班牙共和国政府在其仍为西班牙的法律上的政府时所作的一个行为已经被废除为根据的。法院判称，在英国法院上，1939年2月以后的佛朗哥政府和该日期以前的共和国政府，虽是不同的人所组成的，但却是同一的法律实体，因而西班牙政府不能以其自己行为的不合法性为权利主张的根据。

在第二个案件中，同一权利主张又以西班牙国家的名义提出了；这项权利主张却得到成功。法院判称，政府是国家机关，而且，政府虽是国家的最重要机关并通常在对外关系上代表国家，但在法律上是与国家不同的。政府可能作了不法行为和超越了其依据国家法律所具有的权力，而且国家可以主张其政府在一定时间内的行为是越权的和非法的。因此，用西班牙国家的名义，根据西班牙政府在某一时期的某些行为是非法的论点，在英国法院上提起诉讼，是可以的。法院声称，西班牙政府的权利主张是一回事，而西班牙国家的权利主张又是一回事，虽然有利害关系的是同样的人。

予承认，不承认的国家就拒绝与其所不承认的政府所属国建立正常关系。换句话说，如果政府的不承认的意思并不是说，未经承认的政府所属国没有任何政府，因而就不是国家——已经不是一个国家，那么，政府的不承认对于该政府的存在是没有什么法律效果的，因而就只具有政治上的性质。① 但是，这并不排除这样的事实：

① 在“廷诺柯仲裁”一案中（英国和哥斯达黎加，1923年，《美国国际法学报》〔1924年〕，第147页），仲裁人判称，通过革命取得政权并自1917年6月起对哥斯达黎加领土行使有实效控制的廷诺柯政府，在1919年8月前，是哥斯达黎加的（事实上）政府，尽管英国没有承认该政府。仲裁人在其意见中声称：“在足足两年中，廷诺柯及在其控制下的立法议会和平地管理了哥斯达黎加政府的事务，而且在那时期内并没有发生属于革命性质的骚乱，并没有任何其他政府在该国主张行使权力。法院在开庭，国会在立法，政府也正式地在进行管理。其权力是完全确立的而且是和平地行使的。……其他国家对一个自认为全国性政府的不承认通常是适当的证据，足以证明该政府还不具有独立和控制力量，使其有资格被国际法归类为政府。但是，如果这些国家对一个政府的不承认不是决定于其对该政府的事实上主权和完全的政府控制力的查究，而是决定于其对该政府的来源的不合法性和不正规性的查究，那么，这些国家的不承认，在与那些适用国际法规则的人唯一有关的争执问题上，就失去了证据的力量。…然而，按照国际法所规定的标准，关于廷诺柯政府作为事实上政府的性质，不能比这项案卷在我面前所揭示的证据更有力量。…在这里，美国行政部门的立场是：它所未承认的廷诺柯政府仍然是一个事实上的政府，能够给英国政府现在所力求加以保护的英国臣民创造权利。”在这个案件中，英国政府对廷诺柯政府的不承认，并不包含有英国政府认为廷诺柯不是哥斯达黎加政府的意思。

但是在“索柯洛夫诉美国花旗银行”一案中，关于美国政府和法院所不否认对苏联有实效控制的苏维埃政府，法院判称：“在法律上，一个未经承认的政府可以被视为不是政府，如果不给予承认的权力采取这样的看法的话。”但是，法院接着指出：“但在实践上，由于法律概念是很少——如果有的话——被推到其逻辑极限的，因而，等同并不是绝对的，而是受常识和公正所加的限制的…”如果对苏维埃政府的不承认并不含有不承认苏维埃俄国的意思，那么，苏维埃政府的法律上不存在就并不是不承认的概念的逻辑结果。相反，苏维埃政府的法律上存在都是对苏维埃俄国的继续承认的逻辑结果。“常识和公平”的考虑并不是接受这种结果所必要的。

对政府的不承认(不包含对有关共同体作为国家的不承认的意思)可以有其他法律效果。这些效果将在下面加以讨论。

每一个国家有基于任何理由与一个政府建立或拒绝建立政治或其他关系的自由，因为一般国际法并不使任何国家负有与其他国家建立或维持这种关系的义务。例如，一国可以使其对另一国新政府的政治承认决定于该政府得到多数人民的支持或者革命变革为多数人民所同意的事实。一国可以因为其不愿与革命或政变所成立的共产党或法西斯政权发生正常关系，或者为了其他理由，而拒绝承认。

2.不承认的效果　政治上不承认的效果是，不承认的国家既不派遣外交代表或领事到其所拒绝承认的政府所属国去，或不接受该国的外交代表或领事，并且不与该国缔结条约。但是，一般国际法以及未经承认的政府成立前的曾被承认的政府缔结条约所达立的两国相互义务和权利是怎样呢？很难认为，一个被别国承认为国家而其政府却未为别国所承认的国家，在其与该不承认的国家的关系上，不负有遵守一般国际法规则的义务，反之亦然。因为，其政府未为另一国所承认的国家，在其与其他国家的关系上，仍然是一个国家；因而一般国际法仍然是适用的。关于未经承认的政府在取得政权前所确立的条约义务和权利，下述一点是不应忽视的：条约的拘束力是以一般国际法的一项规则，即“约定必须遵守”为依据的。没有理由认为，在两国关系上，由于其中一国所拒绝承认的并不是另一国作为国家的存在，而是该另一国的政府，这项规则就没有效力。

在这方面，多边条约是特别重要的。一国作为联合国的会员国，其政府的革命变革并不改变这一国在对任何其他联合国会员国的关系上依据宪章所具有的义务和权利，而不论其他会员国是承认还是拒绝承认该新政府。正如上面所指出的，甚至联合国·

会员国不承认一个共同体为国家，并不能妨碍这个共同体加入联合国，这就是说，并不能妨碍宪章对两国之间关系的适用。当联合国一会员国的政府发生革命变革时，新政府肯定有权派遣其代表出席大会和该国为理事国的各理事会。而且，这些机关中每一个机关都必须同意新政府的代表的全权证书，而撤销旧政府的代表的全权证书，倘若该机关认为作为新政府的个人或一群人符合了国际法的要求，就是说，它是独立地和有效地控制该会员国的领土和居民的。在这种情形下，全权证书的核准就含有新政府的法律和政治承认的意思。包含在核准全权证书之中的承认，依据宪章是不能拒绝的，因为宪章是将出席联合国大会和各理事会的权利给予国家本身的，而不是给予其政府的；而依据一般国际法，任何国家都可以拒绝给予新政府以政治承认。①

至于对一个已被承认的国家的政府的政治上不承认的效果，唯一的解释符合于其政府未为另一国所承认的国家仍然是——在

① 1950年12月14日，联合国大会通过下述决议："大会，考虑到关于一会员国在联合国中的代表权可能发生困难以及联合国各机关可能有作出不同决定的危险；考虑到，无论什么时候一个以上当局自认为有权在联合国中代表一会员国的政府，而且这个问题成了联合国中争执的问题划一应适用的程序，是有利于联合国组织正常进行工作的；考虑到，大会由于其组成是在涉及整个联合国组织工作的事项上最能考虑到全体会员国的观点的联合国机构；1.建议：无论什么时候一个以上当局自认为有权在联合国中代表一会员国的政府，而且这个问题成了联合国中争执的问题，这个问题就理应按照宪章的宗旨和原则和每个事件的情况予以考虑；2.建议：当任何这种问题发生时，应由大会予以考虑，在大会闭会期间，由临时委员会予以考虑；3.建议：大会或大会临时委员会；关于任何这种问题所采取的态度应在联合国其他机关或专门机构中加以考虑；4.声明：大会或大会临时委员会关于任何这种问题所采取的态度，其本身并不影响个别会员国与该国的直接关系；5.请秘书长将本决议转送联合国其他机关和专门机构，以便采取适当行动。"

对该国的关系上——国际法意义上的国家这个事实的是：只要该政府还未被承认，两国之间就将不建立外交和领事关系，也不缔结条约。但是，各国实践和某些作者所主张的学说是与这种看法不相符的。有人主张，在新政府取得政权之前，两国所订立的条约没有效力；只有在承认该政府之后，这种条约才发生效力；其政府未为另一国所承认的国家不享有豁免不承认国法院管辖的权利；在未被承认的政府统治下的国家不能主张其政府行为的效力不受拒绝承认该政府的国家的法院的审议；在未被承认的政府统治下的国家无权要求和取得在不承认国家内的财产的占有——这一切似乎表明，这些特权和权利是政府的特权和权利，而不是国家的特权和权利。①

---

① 在"吴尔夫逊诉俄罗斯社会主义联邦共和国"一案中，法院对于苏联——虽然其政府未为美国所承认——是否享有豁免美国法院管辖的特权的问题，作了肯定的回答。在"俄罗斯社会主义联邦共和国诉西勃拉里奥"一案中，法院判称：一国并没有义务允许未被承认的政府所属的另一国在不承认国家的法院上提起诉讼。法院没有提到国际法，但提到"礼让"："那么，是否有任何礼让规则要求我们允许一个未被承认的国家提起诉讼呢？鉴于我国政府的态度，我们应否允许苏维埃政府提起诉讼呢？对于这两个问题，我们必须给予否定的回答。"法院所说的礼让是什么，是不太清楚的，可能就是国际法，因为法院声称："礼让规则是其〔指法院〕所强制执行的法律的一部分。"

在"苏维埃政府诉厄立克逊"一案中（《年摘，1919—1922》，第30号案件），瑞典最高法院（1921年）维持了斯德哥尔摩法院的下述判决：该项诉讼是苏维埃政府提起的；苏维埃政府是瑞典政府所未承认的；而且，关于苏维埃政府的组成也没有任何消息；在这些情况下，苏维埃政府不能被允许在法院上作为当事人。

在"路德诉沙哥尔"一案中，下级法院拒绝考虑（在判决时）尚未被承认的苏俄政府的一项国有化法令，因而判决原告胜诉。但上诉法院变更了判决，因为当时英国政府已经承认了苏维埃政府。在"索科洛夫诉美国花旗银行"一案中，法院在拒绝对未被承认的苏俄政府的行为适用国际法原则——即一国法

（接下页注）

即使接受了这个学说，也不可能认为，关于不承认另一国新政府的国家和该国之间的关系，一般国际法以及新政府取得政权前订立条约所确立的其相互义务和权利都失去效力；而只能认为，这些义务的履行和这些权利的行使是暂时停止了。提倡这个学说的人，即认为已经承认了一国而却不承认其政府就具有这种法律效果的人，似乎也并不认为全部一般的习惯和特别（约定）的国际法在两国的关系上都暂时停止了效力。但是，这种效果发生到什么程度，是不清楚的。不论对一国政府的不承认（不包含对有关共同体作为国家的不承认）可能有什么法律效果，对该政府后来的承认（除了上面提及的有两个当局自认为政府的情形外），就该政府

（接上页注）

院无权审议另一国行为的效力——时声称，对一个未被承认政府的行为可以给以"准政府的效力，如果不这样就要违反正义的基本原则或我们自己的公共政策的话。"在"彼得格拉银行诉花旗银行"一案中（《纽约》[1930年]，第253卷，第23页），法院拒绝承认未被承认的苏维埃政府的法令是有效的，而且甚至声称它们在苏俄也不是法律。但在"沙立莫夫公司诉纽约标准石油公司"一案中（美国纽约上诉法院，1933年，《纽约》，第262卷，第220页），法院判称，现有政府就其行为在俄国的效力而言，是我国法院所不能置于不顾的，虽然在这里有人企图否认这种行为的效力从而造成有利于俄国国民的美国公司，即一些按照苏维埃法律向苏维埃政府购买在俄国的财产的人进行侵权诉讼的理由。……不承认并不是对被告抗辩的回答，并不是把象俄国的苏维埃政府那样的一个未被承认的、以武力实行统治的政府的法律看作没有任何法律效果的理由。苏维埃在其本国领土内是一个主权权力。……"在这个案件中，法院提到美国国务卿所作的下述声明：

"一、美国政府承认俄国临时政府是帝俄政府的继承者，而自俄国临时政府推翻以后，未给予俄国的任何政府以承认。

"二、国务院认识到苏维埃政权在前俄罗斯帝国的领土上行使控制和权力的事实，而且国务院没有忽视这个事实的意思。

"三、美国政府拒绝承认苏维埃政权，不是以该政权在前俄罗斯帝国的领土上没有行使控制和权威的理由为根据，而是以其他事实为根据的。"

的法律存在而言以及在这种承认只属于政治性质的情形下，并不是构成性的。

6.所谓流亡政府

正如上面所指出的，如果一个人或一群人是独立的，就是说，在法律上是不受另一国政府的支配的，而且如果它是有实效地控制着领土和领土上居民的，那么，按照一般国际法，它就是一国的政府。如果控制已经得到巩固，它就是有实效的。但是，这项规则不适用于流亡政府；因而，在这种情形下，实效原则似乎不能认为是决定性的标准。

当在战争中交战一方的领土被敌方武装部队所占领时，被军事占领的国家的政府可以暂时设在一个盟国的领土上；这当然只有经过该盟国政府同意，在法律上才是可能的。① 在军事占领期间，该领土实际上是在占领国控制之下的。但是，只要该领土的地位还是军事占领，而这就意味着，被占领国和占领国之间还处在战争状态之中，占领国行使的控制就不能认为是"有实效的"。除了受国际法的限制外，它也还不是巩固的，因为战争还在进行中，而战争的目的是要重新建立正在流亡中的政府的有实效的控制。另一方面，流亡政府对该领土没有实效的控制。但是，是流亡政府，而不是占领国的政府，有权依据一般国际法在对其他国家的关系上行使一切国家职能，如派遣和接受外交代表，缔结条约，特别是与占领国缔结和约，指挥其所掌握的武装部队对占领国作战。它甚至可以行使立法、行政和司法职能。最后，流亡政府所在的国家的政府可以给流亡政府以某些特权，如豁免管辖的权利。① 这一切情形

① 在第二次世界大战期间，德国武装部队占领的若干国家的政府，如波兰、比利时、荷兰、希腊、南斯拉夫等国政府都设在英国。

都是不管流亡政府是否已经丧失对其本国领土的控制的。但是，只有当这种丧失被认为是暂时性的，而这意味着，流亡政府正在努力通过其自己的武装部队进行战争或参加其他国家对占领国的战争来恢复对其本国领土的有实效控制，它才有可能被视为在军事占领下的国家的政府。努力恢复对领土的有实效控制的要求代替了行使有实效控制的要求。这种要求也是实效原则的一种适用。流亡政府恢复被军事占领的领土的努力必须是“有实效的”，其意义是与封锁必须有实效相类似的。如果封锁是由足以阻止（照例不包括对封锁的例外破坏）进入敌国沿岸的武装部队来维持的，它就是有实效的，而不是虚构的。如果流亡政府恢复控制的努力是通过战争来进行的，就是说，是用足以阻止占领国的控制成为巩固确立的控制的武装部队来进行的，这种努力就是有实效的。认为流亡政府虽然暂时失去对领土的有实效控制但仍被认为被占领国的政府，并不意味着，在这种情形下，实效原则完全不适用了，而只意味着，实效原则所指的不是对领土的控制，而是恢复这种控制的努力。

既然把所谓流亡政府认为是被占领国政府的决定性理由是该政府对该领土取得控制的有实效的努力，该政府是否按照宪法成立的问题就不相干了。一国被占领的事实可能使宪法上关于成立政府的规定无法遵行，例如国家元首死亡或辞职而宪法规定的普选却不能进行。正如国际法并不要求在本国领土上成立的政府符合宪法一样，国际法也不要求流亡政府是合宪的。这两种情形之间的区别是：在第一种情形下，所要求的是对领土的有实效控制，而在第二种情形下，则是取得这种控制的有实效的努力。

---

① 1941年英国议会通过一项法律，《外交特权（延伸）法》，将外交特权给予设在联合王国内各流亡政府的成员及其官员以及派驻这些政府的使节。

关于流亡政府的承认，所适用的是关于对一般政府的承认的同样原则。如果流亡政府是违宪成立的，可以给予或不给予承认。承认可以包含在一国同意在其领土上设立流亡政府的行为之中。

从上面的分析所得到的推论是：只有所谓流亡政府继续进行其通过战争取得对本国领土的控制的努力，它才能被认为是被占领国的政府。如果战争结束了而流亡政府并未取得对领土的控制，例如，如果这一领土由占领国以征服方式予以兼并，或者它被置于流亡政府之外的另一个新的全国性政府之下，那么，该流亡政府就不能被认为是一国的政府了。那些把这样的流亡政府仍称为政府而且把它看作似乎是政府的人，是在使用一种虚构。在战争结束后或在革命成功后才成立起来的所谓流亡政府的情形也是这样。

7.叛乱者作为交战团体的承认

除国家和政府的承认外，叛乱者作为交战团体的承认在国际法上也是重要的。它是以内战为前提的。在国际法所决定的某些条件下，这种内战可以取得国际战争的性质。

条件是：(一)叛乱者必须有其自己的政府和军事组织。(二)叛乱必须是按照战争的技术形式进行的，也就是说，其规模必须比小规模的叛变大，而且必须具有战争的真正特征，特别是关于双方所使用的破坏手段。(三) 叛变者政府必须在事实上控制着内战发生国的领土的一部分，也就是说，叛变者所成立的秩序必须对该国领土的某一部分是有实效的。

叛乱者作为交战团体的法律承认包含这样的意思：在一定情形下，国际法所一般决定的上述事实是存在的。这种承认可以由叛乱所针对的合法政府作出以及由其他国家政府作出。

这种承认的行为的两个最重要效果是：(一) 在承认国和被承认为交战团体的共同体的关系上，适用关于战争行为和中立的国

际法规范。这意味着，内战转变为国际战争，而具有国际战争的一切效果，其中是：一国在承认叛变者为交战团体后，对叛乱者政府以及叛乱所针对的合法政府就负有中立国所负的义务；在合法政府承认叛乱者为交战团体后，参加内战的个人在落于他方手中时不应予以控诉，尤其是内战所针对的合法政府不得以叛国、谋杀等罪名将其视为罪犯进行控诉，而他们必须按照国际法规则受到战俘的待遇。(二)按照发生内战的国内政权变动的情况，不仅对合法政府而且对叛乱政府都规定有国际责任，前者对叛变者所控制的领土上可能发生的事件免除一切责任，而后者则对这种事件担负责任。

叛乱者作为交战团体的承认是与一个共同体作为一个国家的承认较为相似的，而与一个人或一群人作为政府的承认则不尽相同。由于叛乱政府有实效地控制内战发生的国家的一部分领土和人民，所以一个实体便形成了，这个实体实际上是与国际法意义上的国家相似的。

叛变者作为交战团体的承认，即交战地位的承认，是与所谓叛乱地位的承认不同的。有时一国承认另一国内叛乱的存在，而不承认叛乱者为交战团体，因为叛乱者未符合那些可以给予这种承认的条件。一国可以承认叛乱者为叛变者，以便避免把他们看作刑事犯。但是，所谓叛乱地位的承认并不给予叛乱者以在国际法上的一种法律地位。①

---

① 在古巴的一次叛乱中，美国政府在1895年6月12日的总统宣告中承认这次叛乱的存在，并且告诫一切有关人不作任何违反美国中立法的行为。在“三友号”一案中(《美国》，第166卷，第63页)，美国最高法院判称(1897年)：美国中立法是可以适用的，尽管美国政府并未承认叛乱者为交战团体。法院声称：“摆在我们面前的案件清楚地表明交战状态的承认和政治叛乱状态的承认之间的区别，对实质意义上战争的存在的承认和对法律意义上战争的存在的承

(接下页注)

8. 非法造成情势的承认和不承认（斯汀生主义）

有些作者从非法行为不能产生合法结果、特别是不能取得权利这一颇有问题的假定出发，主张其他国家的承认可以补救法律上的缺陷，从而取得权利，尽管权利的来源是非法的，例如，如果一国违反国际法，将另一国领土合并于自己的领土内，第三国方面的承认便可以使非法的领土取得成为有效。这种承认是与一个共同体作为一个国家或对一个人或一群人作为一个政府的法律承认很不相同的一种行为。它不是对一个法律上有关事实的确认。它是一种行为，一国用这种行为——按照这一学说——来创造适用于两个其他国家之间关系的法律。但是，一国的单方行为能否对其他国家之间的关系具有这种法律效果，是很值得怀疑的。毫无疑问，两国之间法律关系的变更，特别是领土变更，如果是合法发生的，并不需要第三国的承认使其成为有效；而如果变更是非法造成的，很难设想其他国家的干预怎能使其成为有效。此外，依据一般国际法，任何第三国都无权决定一国行为在对另一国的关系上是

（接上页注）

认之间的区别。因为，在草案上，政治部门未承认一个与西班牙作战的事实上交战团体的存在，却已承认在据称遭受这次没收之前、当时和以后的叛乱战事的存在。……我们因而在司法上被通知了一个实际武装冲突的存在，这个冲突是反抗美国与之处于和平友好关系的一个政府权威的，虽然政治部门还没有承认叛乱者为交战者；情形既然如此，该法律是可以适用的，这也是毫无疑问的。”法院的判决是以美国的一项国内法为根据的，该项法律规定：“任何人在美国范围内装备……任何船舶，旨在使这种船舶供任何外国君主或国家或任何殖民地、地区或人民之用，对美国与之处于和平的任何外国君主或国家或任何殖民地、地区或人民的臣民、公民或财产进行游戈或从事战斗者……应被视为犯有重罪，并应罚款。……”判决主要是根据“殖民地、地区或人民”这几个字。法院声称：“……为什么‘殖民地、地区或人民’这几个字的意义要限于被承认为交战者的各方呢？”法院所适用的是国内法，而不是国际法。

合法的还是非法的，就是说，无权决定一国是否侵犯另一国的权利。但是，如果象有些作者所主张的那样，这种承认的效果只在于承认国放弃与被这种承认的权利相冲突的权利主张，那么，承认国以其称为"承认"的同意使之成为有效的，是对其自己权利的侵犯。对其他国家法律关系的变更的承认可能有政治效果，但很难具有一般国际法的法律效果。关于不承认，情形也是如此。

在日本侵入中国满洲省后，美国国务卿(亨利·斯汀生)于1932年1月7日向日本和中国政府送致同文照会，在照会中，他声称，美国"无意承认任何以违反1928年8月27日中国和日本及美国均为缔约国的巴黎公约的规定和义务的手段所造成的情势、条约或协定"(斯汀生主义)。1932年3月11日，国际联盟大会通过一项决议，宣称："国际联盟各会员国不得承认任何以违反国际联盟盟约或巴黎非战公约的方法所造成的情势、条约或协定"。国际联盟盟约或凯洛格-白里安公约都没有规定，两缔约国之间的法律关系的非法变更可以因承认而成为有效，或者这种变更可以用第三方的不承认加以防止。因此，依照斯汀生主义或大会决议的单纯不承认只能有政治效果，而不能有法律效果。例如，如果一国违反凯洛格-白里安公约而对另一国进行的战争导致了和约的缔结，在和约中非法战争所针对的国家将其领土一部分割让给战胜国，而且如果战败国并不拒绝执行该和约，那么，第三国方面对该和约的不承认，对该情势是不会有任何法律效果的。

9. 国家的继承

一国领土在下述情形下可能成为另一国或若干其他国家的领土的一部分：一国依据条约自愿合并于另一国或若干其他国家；或者，一国全部领土被另一国或若干其他国家所强迫兼并；或者，若干国家依据条约成立一个联邦国家，而组成联邦国家的各邦不保

留国际人格。一国领土可以由于分裂而成为若干新国家的领土，例如由于第一次世界大战的结果的奥匈帝国领土或由于第二次世界大战的结果的德国领土。一国的部分领土可以依据条约成为一个新国家的领土，例如但泽或梵蒂冈，或由于革命而使一国一部分居民分离出去并在其所居住的领土上成立一个新国家。一国的部分领土可以依据割让条约或不经有关政府同意由另一国兼并而成为另一国的领土。

当一国全部或部分领土成为另一国或若干其他国家领土时，或当一国领土成为若干新国家领土（分裂）时，或当一国的部分领土成为一个新国家领土（革命分离）时，这样的问题就发生：按照一般国际法，前国家的义务和权利是否转归继承国，以及转归到什么程度。这就是所谓国家继承的问题。只有当一国中止存在——例如合并于另一国——而后来在同一领土上产生一个新国家时，一国领土才能成为他国领土，这就是说，两国领土才能被认为同一的领土。否则，所发生的只是政府的变动，而不影响国家的同一性。在后一种情形下，也就不发生国家继承问题。在前一种情形下，却有国家继承的余地。但是，不能认为在实在国际法上有任何规定新国家继承旧国家的义务和权利的规则。

前一国的终止存在——例如一国的全部领土成为一个或几个其他国家领土的情形或一国的全部领土成为几个新国家领土的情形——是不妨碍继承的。有些作者所提出的如果一国终止存在，其义务和权利也就终止存在的论点，是站不住脚的。因为，一国的义务和权利转归另一国，并不含有这些义务和权利是同一的意思；这只意味着，一般国际法对继承国设定某些义务和给予某些权利，而这些义务和权利是与前国家的某些义务和权利有着同样内容的。即使认为在作为义务和权利的主体的国家终止存在时，这些义务和权利立即终止存在，这些义务和权利的转归还是可能的。

继承并不涉及到一般国际法对一国设定的义务和给予的权利。继承国对有关领土的这些义务和权利是依靠一般国际法，而不是由于继承而存在的。继承只涉及到：(一)特别国际法，特别是条约所确立的义务和权利；(二)国内法所确立的义务和权利，如国家的公债。人们认为，按照国际法，前国家的与已成为继承国领土的领土有关系的国际义务和权利是发生继承的。如果前国家与其他国家所缔结的条约确立了前国家对已成为继承国领土的领土的固有义务，如关于疆界线、河流航向等义务，后国家就受这些条约的约束。但是，这些条约所产生的权利也就转归缔结该条约的继承国。

人们认为，如果一国的全部领土成为另一国领土，前国家的国库财产也发生继承；如果一国的部分领土成为另一国领土或成为一个新国家的领土，成为继承国领土的领土上的国库财产是发生继承的。有些作者否认自动继承，但他们承认，继承国可以依据其本国法律来征收前国家的财产，因为依据国际法每一个国家都有关于财产的造法权力。如果一国取得另一国领土，前者可以采用在取得领土时在该领土上通行的财产法，就是说，所以采用这种法律当作其自己的法律；或者，它可以用新的法律来代替这种法律基于实际理由，继承国常允许旧的法律继续有效，直到制定新的法律时为止；① 而且如果依据旧的法律，财产是国家所有的，那么，继

① 在"菲律宾糖产发展(有限)公司诉美国"一案中(美国求偿法院，1904年，《求偿法院》，第39卷，第225页)，法院声称，"关于一切被征服或被割让的领土的一般国际法规则是：旧的法律继续有效，直至为适当当局所废止为止。"但并没有这样的国际法规则。如果旧的法律继续有效，那只是因为继承国依据其立法权默示地或明示地允许旧的法律作为其本国法律、即继承国的法律而继续有效。虽然法律的内容可能相同，但其效力理由却已改变了。现在，它是根据继承国的宪法而有效的，先前，它则是根据前国家的宪法而有效的。

承国就依据该法律成为所有者。但是，在这种情形下，继承国也是依据其本国法律成为前国家的财产的所有者的。这种看法似乎比另一种认为依据国际法前国家财产自动发生继承的看法更为正确。① 就前国家的债务而言，只存在一国的全部领土成为另一国或若干其他国家领土的一部分的情形，或者如果一国领土成为若干新国家领土，而且只对那些以继承国以外国家的国民为债权人的债务，才发生继承。② 当领土成为一个以上国家领土因而对前国家的国库财产有几个继承国时，规则是：各继承国应该按比例承受部分的债务。③ 但是，如果各继承国没有为此目的而订有协定，这种

---

① 在"波兰领土上的德国移民"一案中（"国际常设法院出版物，乙集»，1923年，第6号案件），法院被请求对下述问题发表咨询意见：波兰作为德国所割让的领土的继承国，是否有义务对原为德国公民而居住在被割让的领土上并取得波兰国籍的移民依据德国法律所取得的某些权利予以尊重。法院声称："依据现行法律所取得的私人权利是不因主权变更而终止的。"这一点只在法律未变更的情形下才是正确的。法院接着说："没有人否认德国民法——实体法和程序法——在该领土上曾经连续和不间断地有效。很难认为，虽然法律是有效的，但依据该法律所取得的权利却已经消失。这种抗辩不是以原则为根据，而且是违反相当普遍的意见和实践的。"法院没有考虑到"一国是否并在什么情况下可以用其主权的立法权力来更动或取消私人权利"的问题，因为法院所审理的是波兰根据1919年6月28日在凡尔赛签订的特别条约所承担的义务，法院是参照这项条约而判决波兰有义务尊重有关权利的。

② 在"罗伯特·柏郎求偿"一案中（«尼尔赫报告»，第162—202页），英美求偿仲裁法庭于1923年判称：一国（英国）由于征服而兼并另一国（南非共和国）的全部，是没有义务补偿已灭亡的国家的行为所引起的损害的。该法庭在1925年的"夏威夷求偿"一案中（«尼尔森报告»，第160页），对于一国（夏威夷共和国）的全部领土由于条约而合并于另一国（美国）的领土内的案件，适用了同样的原则。

③ 在"奥地利帝国（继承）"一案中（«年摘，1919—1922年»，第39号案件），奥地利宪法法院于1919年驳回一个教员向教育部要求偿付从1917年10月1日到1918年9月底其担任体育教员工作所应得的某些奖金的诉讼。法院宣称，该项要求是对奥地利帝国的要求，而该国现在已经死亡了。"在奥地利国家领

（接下页注）

承受是不可能的。

（接上页注）

土上已经产生了一些民族国家，它们是新国家，而不是旧国家的继承国，而且对旧国家的义务是不担负任何责任的。不错，按照国际法原则，在一国将一块领土割让给另一国的情形下或在若干国家从一国中产生出来时，取得领土的国家或各新国家必须按照它或它们所取得的资产和由于前国家的活动或在前国家保护下而创造出来的资产的比例，来承受前国家的义务的相当部分。但是，在个别情形下，义务的承受以及承受的范围必须由国际协定予以决定——在本案上，即由前奥地利领土上各民族国家之间的协定予以决定。为此目的，曾经设立一个由这些国家代表组成的、具有决定资产和债务情况的职能的清算委员会。只有对日耳曼奥地利共和国分担的义务已经决定以后，原告才有权提起诉讼。”

第四章 国际法的创造和适用

第一节 国际法的创造(渊源)

1.法律"渊源"的概念

法律的"渊源"是一种形象的和十分含糊的措辞。它不仅用以指各种创造法律的方法,而且用以表明法律的效力理由,特别是最终的理由。但是,从广义上讲,每一个法律规范就是规定创造其他规范的规范的渊源。一般的法律所特有的一个要素是,它调整其自身的创造,因而,这也是国际法所特有的一个要素。宪法的特别职能便是调整一般规范的创造。在国内法内,特殊机关对一般规范的创造被称为立法。一国宪法决定立法的机关和程序。一般国际法或一般国际法所构成的共同体也有其"宪法"。国际共同体的宪法是一套国际法规则,调整国际法的创造,或者换句话说,决定国际法的"渊源"。

调整其他规范的创造的规范是"高于"那些按照后一类规范创造出来的规范的。那些按照一个规范的规定创造出来的规范是"低于"前一类规范的。在这个意义上,任何高级法律规范是低级法律规范的渊源。因此,一国宪法就是以宪法为依据创造出来的制定法的渊源,制定法就是以制定法为依据的司法判决的渊源,司法判决就是司法判决对当事人所设定的义务的渊源,等等。

传统法学将创造法律的职能与适用法律的职能相对立。它认为，司法机关的职能只是法律的适用，而立法机关的职能则只是法律的创造。但是，一个低级规范的创造同时也就是那个决定该低级规范的创造的高级规范的适用。立法机关在适用宪法时，就创造了一些包含在一项制定法之中的一般规范；司法机关在适用制造法时，就创造了一个包含在其判决之中的个别规范。法律的创造和适用只是相对地，而不是绝对地彼此相对立的。法律在调整其自身的创造时，就调整了其自身的适用。法律的"渊源"不仅可以理解为创造法律的方法，而且是适用法律的方法。

最后，法律的"渊源"这一措词也用于一种完全非法学的意义。人们用它来表明所有那些实际上影响造法机关的观念，例如道德规范、政治原则、法律学说、法学专家的意见，等等。与上述的法律的渊源完全不同，这些渊源本身并不具有法律的性质，它们没有任何拘束力。

法律的"渊源"一词的含混不清似乎使这个术语变得不具什么用处。人们应当不用令人误解的形象的措辞，而应当采用一种明显地、直接地描述在人们心目中的现象的措词。

2.所谓法律上的"罅隙"

在这部著作中，国际法的"渊源"是指创造国际法的方法。创造国内法的两种主要方法是习惯和立法。而创造国际法的两种主要方法则是习惯和条约。习惯是国际法——特别是和一般国际法——的较古老的原始的渊源。现在，条约在国际法的发展中起着重要的作用。所以，国际法律秩序是由习惯所创造的规范（习惯国际法）和条约所创造的规范（约定国际法）组成的。一般国际法是习惯法。现在还没有世界上所有国家都是缔约国的条约。

在适用于具体案件时，特别约定法（或特别习惯法）是优先于

一般习惯法的。如果有关该案件没有条约(或特别习惯法),那么,就适用一般习惯法的规则。一个具体案件既无约定国际法可以适用又无习惯国际法可以适用,这在逻辑上是不可能的。现行国际法总能适用于一个具体案件,就是说,总能适用于一个国家(或另一种国际法主体)是否有按照某种方式作行为的义务的问题。如果没有约定国际法或习惯国际法的规范对国家(或另一种国际法主体)设定按照某种方式作行为的义务,该主体就依据国际法有在法律上任意作行为的自由,而现行国际法就是通过这样的决定而适用于该案件的。但是,这种决定,虽在逻辑上是可能的,但在道德上或政治上却可能是不能令人满意的。仅仅在这个意义上,在国际法律秩序中就象在任何法律秩序中一样,是有"罅隙"的。

认为适用法律的机关是被授权对一定案件适用现行约定或习惯国际法以外的规范来填补这种罅隙的观念,包含着这样的意思:如果适用法律的机关认为对于一个具体案件适用现行法律是不能令人满意的,它们就有权创造新法律。从法律实在主义的观点来看,这种造法权力必须以一项实在国际法规则为根据。是否有这样的一般国际法规则,是值得怀疑的,然而许多作者却把下述一点视为当然,即现行国际法是有罅隙的;各国或有权适用国际法的国际机关是被授权去填补罅隙的。① 但是,他们假定,这些罅隙是存

① 仲裁法庭在美国和挪威争端中(1922年,《美国国际法学报》,1923年,第17卷,第384页),在提及拉玛什所著的《国际仲裁的法律效力》(1913年)第37页时,声称:"当缺乏实在的法律规则时,仲裁人应按照'公允及善良'予以判决。……"在"英国(东方推广电报公司求偿)诉美国"一案中(美国和英国的求偿仲裁庭,1923年;《尼尔逊报告》,第73页),法庭声称,"即使认为对于本案既没有条约,也没有表现为普遍承认的规则的特殊国际法规则,……却不能说没有可适用的国际法原则。国际法以及国内法,可能不包含有,而且一般地并不包含有,对特殊案件有决定性的明文规则;但是,法学的作用就是,在没有任何特殊法律规定时,适用一般原则的推论来解决相对立的权利和利益的冲突,从

(接下页注)

在于一些情形之中的；在这些情形下，现行法律在逻辑上是不能适用的，因为现行国际法并没有任何涉及这些情形的规则。对于一种情形没有任何规则，只能意味着，在这种情形下，没有任何规则对国家（或另一种国际法主体）设定以某种方式作行为的义务。认为在这种情形下不能适用现行法律的人忽视了这样一个基本原则，即在法律上对各法律主体所不禁止的，就是法律上所允许的。如果适用现行法律虽在逻辑上是可能的，但在道德上或政治上却是不能令人满意的，适用法律的机关就被授权不适用现行法律而创造新法律，这项规则是给予适用法律的机关以非常的造法权力的。值得怀疑的是，认为"国际法有罅隙"的传统学说的作者们当他们主张有一些一般国际法规则给予各国和有权适用国际法的国际机关以填补罅隙的权力时，是否认识到这种学说的后果。毫无疑问，一项条约可以将这种权力给予适用法律的机关。国际法院规约第28条的规定，需从这种观点来理解，即法院"对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用"不仅约定国际法和习惯国际法，而且适用"一般法律原则为文明各国所承认者"。这些"一般法律原则"可能被认为是国际法的补充渊源；如果不能适用其他两个渊源——条约和习惯，就要适用它。

3.习 惯

1.习惯法和制定法。 习惯法是习惯所创造的法律。习惯是

（接上页注）

而找到——正如在数学中一样——问题的解决。这是法学的方法；它是每个国家的法律籍以逐渐发展起来以界定和解决国家之间以及私人之间的法律关系的方法。"如果法院不适用实在国际法的规则，而适用一般原则的推论"，法院就对其所处理的案件创造了新法律，而不论"原则"是作为现有国际法规则的概括，还是作为在国际法院规约第38条（丙）款的意义上的一般法律原则而提出的。但是，法庭也称："本法庭的职责…并不是制定新规则。这种规则是能够具有追溯力的；它们只能被认为是一个特别法庭的成员们所表示的个人意见——这个法庭的权威是来自两国政府的。"

一种惯常的或习以为常的行动过程，是一种长期确立的实践。但是，行为的经常性，即在某一时期内反复作某种行为或不作某种行为的事实，只是称为习惯的造法事实的一个要素。第二个要素是，其行为构成习惯的个人必须确信，他们是用其行为或不行为来履行一项义务的，或者，行使一项权利的。他们必须相信他们是在适用一个规范，但是他们不一定要相信他们所适用的是一个法律规范。他们必须把其行为视为义务或权利。如果国家的行为不附有一种意见，认为其行为是义务或权利，那么，所确立的便是所谓"惯例"，而不是造法的习惯。

习惯法的根据是这样一项一般原则：我们应当依照我们同类人所通常作行为和在某一时期所经常作行为的方式作行为。如果这项原则取得了规范的性质，习惯就成为一个造法事实。在各国之间的关系上，情形就是这样。在这里，习惯，即各国长期确立的实践，创造了法律。习惯象立法一样创造法律。立法和习惯之间有两点不同，(一) 立法是自觉的和有意识的造法——立法的人知道他们是在造法并且具有用其活动来造法的意思；习惯是不自觉的和无意识的造法。人们在确立一项习惯时，不一定知道他们是用其行为创造法律规范的，他们也不一定有造法的意思。法律规则是其活动的结果，而不是目的。(二) 立法是按照分工原则为了造法目的而设立的一个特别机关的活动，这个机关不同于并且多少是独立于那些受该机关所创造的法律约束的个人的。习惯是那些受自己行为所创造法律的约束的个人的造法。那些造法的个人和那些受法律约束的个人至少有一部分是相同的。习惯是分散化的法律创造，而立法则是集中化的。立法所创造的法律通常被称为制定法。

立法并不是唯一一种由特殊机关自觉地和有意识地进行的造法。另外一种由特殊机关自觉地和有意识地进行的造法是法院判

决所创造的法律。条约(在国内法上为契约)也是自觉和有意识的造法;但是它不是由特殊机关进行的造法。订立条约(或契约)的个人,即缔约各方,在原则上是与受条约(或契约)所创造的规范约束的个人相同的。在这一点上,习惯和条约之间有某种类似之处;其不同之处在于,后者是自觉的和有意识的造法,而前者则是不自觉的和无意识的。

2.习惯作为一种造法事实。 但是,认为习惯是一种造法事实的意见,并未得到人们的普遍接受。有些作者主张,习惯不能创造法律规范;它只是法律规范存在的证据。按照这种理论,习惯只有宣示的性质,而没有构成的性质。这种理论显然受到了国际常设法院规约的影响,规约第 38 条——与国际法院规约第 38 条相同——决定法院所应适用的国际法的渊源。它规定如下:“法院……应适用:(子)不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者;(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。……”

习惯并不创造法律而只是一个法律规范存在的一种证据的学说的前提假定是:这个规范是习惯以外的另一个事实所创造的;法律的真正创造者是所谓站在习惯的背面的。但是,谁是法律的真正创造者呢?对于这个问题,有不同的回答。按照 19 世纪在德国有很大影响的历史学派的观点,国内法是民族精神所创造的;一项习惯,即人们通常按照某一规则作行为的事实,只是指明一个一般法律规范已经存在,而这个一般法律规范是民族精神的看不见的和神秘的活动的产物。这一学派的最著名的代表人物萨维尼一贯否认国家有任何立法的职权。① 按照在法国流行的社会法学派的

① 弗雷德里希·卡尔·冯·萨维尼:《立法与法学的当前使命》(1815 年)。

意见,"真正的法律",即"客观"法,是这个学派称之为"社会连带关系"的事实所创造的。因此,例如,这一学派的典型代表人物狄骥① 主张,任何似乎创造实在法律的行为或事实,不论是立法或习惯,不是真正地创造法律,而只是社会连带关系事先所创造的一个法律规范的宣告性说明。与"客观"法,即与社会连带关系的产物不相符合的实在法律,就根本不具有成为有实效的机会。

无论民族精神或社会连带关系的存在都不能在科学上得到证明。两者都是社会形而上学的假定,其目的是把以主观价值判断为根据的道德政治公设当作客观上有效的原则。在这方面,把"民族精神"当作法律的真正创造者的德国学说和把社会"连带关系"当作法律的真正创造者的法国学说,都是与自然法学说极为相似的;自然法学说是17、18世纪占优势的法律哲学,而且对我们时代的法学思想还有某些影响。按照这一学说,在实在法律——习惯法或成文法——的后面和上面存在有一个绝对公正的法律,这个法律是能够从自然——人的本性、社会的本性、甚或事物的本性——推论出来的。正是自然,作为最高立法者,创造了真正的法律,即"自然法";而且,正是从这个自然法之中,全部实在法律得到了其效力。因此,习惯、立法、条约,即实在法的各种渊源,并不能产生真正的法律;当其产物具有约束力时,它们只是法律的复制品。正是在这些法律的渊源的性质上,自然法学说是与法律实在主义相对立的,法律实在主义认为习惯、立法、和条约都是造法事实。②

---

① 莱昂·狄骥:《国家、客观法与实在法律》(1901年)。

② 在国际法领域内,自然法学说和法律实在主义的对立,出现于两个美国法院对于海上奴隶买卖是否一般国际法所禁止的问题所作的判决。一个是美国巡回法院对"美国诉年青尤仁尼号帆船"一案的判决(1822年,《马逊报告》第2卷,(接下页注)

自然法学说是以这样一种幻想为根据的，即从我们对自然的洞察(从我们对事实的认识)，是有可能得到什么是正确和错误的认识的。从是什么引伸出应当是什么，这是一个逻辑上的错误。因此，他们便从自然中推论出一些极为矛盾的原则，认为它们是“自然法”的规则，而实际上，它们只是一些箴言，随着其创作者的道德和政治信仰的不同而不同。不言而喻，任何造法者在其活动中是受这种箴言支配的。因此，象格老秀斯、普芬道夫、① 法太尔等这样一些作者所提出的作为据说从国家或国际共同体的本性中推论出来的自然法② 的原则，对于习惯国际法所赖以发展的各国实践具有决定性的影响，这是完全可以理解的。

3.共同同意作为国际法的根据。 在回答关于国际法的习惯规则所赖以创造出来的事实的问题时，或者也就是说，在指明一般国际法即习惯法所依据的事实时，现代作者们主张，习惯国际法是各国的共同同意所创造的；而且，由于这种同意没有明白表示出来，就假定有默示的同意。

(接上页注)

第 409 页)，另一个是美国最高法院对“安特洛普号”一案的判决(1825 年，《惠顿》第 10 卷，第 66 页)。在第一个案件中，法院声称，象奴隶买卖这样的交易，“是不必要的、非正义的和不人道的”，是不能“为国际法所依据的永久的自然法所允许的”，“任何实践都不能磨灭掉正确和错误之间的根本区别；任何时候两国以其公共行为摆脱这种实践而且承认这种实践的非正义性和残酷性，其中一国家就有对另一国适用正确原则的自由。”法院声称，它必须”把这种买卖视为反对普遍的社会法律的一种罪行”；“普遍的社会法律”可能就是指自然法。在“安特洛普号”一案中，法院声称，奴隶买卖虽然“违反自然法”，但依据国际法却不是非法的。

① 沙穆尔·普芬道夫：《自然法和万民法》(1688 年)。

② 亨利·惠顿：《国际法纲要》(1866 年)，(《国际法经典著作》，第十九种，1936 年)，第 20 页，把国际法界说为：“理性从存在于各独立国家之间的社会的性质推论出的、认为符合于正义的那些行为规则；加上一般同意所可能确立的定义和修改。”

(1)习惯法对于未参加确立造法习惯的国家有拘束力。一切国家实际上都曾同意的假定是一种政治虚构，其性质完全与德国历史学派有关“民族精神”实际上创造法律的假定相同，也与法国社会学派的“社会连带关系”创造法律的假定相同。只有能够证明作为国际法规范存在的证据的习惯是一切受习惯法规范拘束的国家的行为所构成的，或者证明一个习惯法规范只在一国用其自己的行为参加确立该习惯法的条件下才对该国有拘束力，那么习惯国际法才能被解释为各国同意所创造的。既然一般国际法是习惯法，而且既然它是对国际共同体的一切国家都有拘束力的，就有必要——按照习惯是默示同意的理论——证明，国际共同体的一切国家曾经用其实际行为，即参加确立作为法律的证据的习惯，对一般国际法的一切规范表示同意。这样的证明并不是国际法所要求的，而且，在一般国际法适用于那些从来没有机会参加确立造法习惯的国家的一切情形下，是并不作这种证明的。

让我们假定，一个不通海洋而且从来不通海洋的国家，根据条约取得位于其旧领土和海洋之间的一块领土。现在，这个国家成了一个海洋(沿海)国家；它有了港口和船舶——商船以及军舰——和这些船舶所悬挂的海洋旗帜。它在取得新领土之前，没有机会适用海洋法规范，即那些调整各国在海洋上行为的习惯国际法规范。它没有机会用其行动对这些国际法规范所赖以创造出来的习惯或者——按照上述理论——对这些规范的存在所赖以得到证明的习惯作出贡献。如果这些国际法规范从该国成为海洋国家之时起就被认为适用于它，那么，这些习惯国际法规范就不能是一切受这些规范拘束的国家所创造的。

另一个显著的例证是新国家的产生。新国家显然是没有机会参加确立一切一般国际法规范所赖以创造出来的习惯的，因为这些规范在新国家产生以前早就已经存在。如果新国家从其产生之

时起就被认为受一般国际法规范的拘束，那么，这些规范就不能是一切国家的共同同意所创造的。

最后，一个一般国际法规范，即一个对国际共同体的一切国家有拘束力的规范所赖以创造出来的习惯，并不一定是一切国家长期确立的实践。有大多数国家，包括在其力量、文化等方面有相当重要性的国家在内的一个长期确立的实践就够了。因此，习惯法不能被解释为国际共同体各成员的共同同意所创造的。

但是，有人可能认为，只有未曾参加创造原有的习惯国际法的新国家承认了原有的习惯国际法对其自己有拘束力，国际法才对这个新国家有拘束力。不错，国际法要求，新国家为旧国家所承认，才能成为国际法意义上的国家。但是，正如上面所指出的，国际法并不要求国际法为新国家所承认，才对新国家有拘束力。因此，即使新国家未曾承认国际法对其有拘束力，国际法还可以适用于新国家。国际法只有为一国所承认才适用于该国的说法，并不是以一个国际法规范为根据的；它是以对国际法和国内法的关系的一定看法为根据而提出的一种假定，按照这种看法，国际法只有作为国内法的一部分，才是有拘束力的。我们在下面将看到，这种看法不是不可能的。但是，认为国际法实际上是一切国家所承认的，是一种虚构。如果认为国际法只有为一国所承认才对该国有拘束力，那么，在未证明有这样的承认的情形下，对一国适用国际法，以及认为一国不能由于不承认国际法或撤回其承认而妨碍国际法对其适用，都是不合理的。

(2) 习惯国际法作为约定国际法的根据。条约是国际法的第二种渊源。这种创造国际法的方法将在下一节加以考虑。在这里，所应指出的只是，条约是两个或两个以上国家之间的协议，用以确立其关于一个相互行为的共同同意。这种协议创造了一个规范，就缔约各方所一致同意的相互行为而言，对缔约各方设定义务

和给予权利。因此，在原则上，条约只对缔约各方创造法律。条约之所以是一个造法事实，条约之所以确立义务和权利、或者换句话说，条约之所以有拘束力，都是由于习惯国际法的一项规则，这项规则通常是用“约定必须遵守”这个公式表示出来的。这项规则是条约的效力理由，因而是条约即所谓约定国际法——以别于习惯国际法的——所创造的全部法律的“渊源”。在效力理由方面，约定国际法是低于习惯国际法的。后者在国际法秩序的层次结构中代表着高于前者的水平。

但是，什么是习惯国际法的效力理由呢？为什么习惯国际法的规则有拘束力呢？国际法的拘束力最终是依据于一个基本假定的；是依据于国际习惯是一个造法事实的假设的。这个假设可以称为基础规范。它不是一个实在法规范；它不是人们的意志行为所创造的，它是法学家对各国行为作法律解释时的前提假定。

(3)国际法上的社会契约说。但是，上面已经提到，有另外一种理论，按照这种理论，习惯国际法所以有效，是因为它是以承认为根据的，因而是以受习惯国际法规范拘束的各国的同意为根据的。因此，按照这种学说，习惯国际法和约定国际法，即条约所确立的法律之间，就它们的根据即效力理由来说，是没有本质上的区别的。条约对缔约各方所以有拘束力，是因为缔约双方都同意其协议所创造的规范。条约的根据，也就是说，约定规范的效力理由，是缔约各方的共同同意。但是，为什么共同同意，而且只有同意，对缔约各国有拘束力呢？这种理论所依据的基本原则是个人自由原则，而这项原则在国家之间的关系上被称为主权。这项原则通常是作为一项自然法规则提出的，按照这项原则，一个人只能受其本人意志的拘束，因为个人按其本性是自由的。因此，违反本人意志而使一个人承负义务，是不可能的。当个人与其他个人生活在一起时，而且当有必要调整个人的相互行为时，唯一能够确立一

种社会秩序的方法是自由个人之间所订立的一个契约。他们受这个契约的拘束，因为这个契约是以其共同同意为根据的。这是从个人自由的观念引伸出来的社会契约说。它是自然法学说的一个主要因素，而且是由法国哲学家卢梭以经典形式提出的。①

这种学说在适用于各国和各国之间的相互关系时，就表现为这样的教条：国家按照它的本身性质，是主权的，因此，只有当它同意了调整其行为的规范时，它才受该规范的拘束；这就意味着，如果问题是各国之间的相互行为，国家就只受条约的拘束。

为了使习惯国际法的存在和这种学说相调和，而且为了保持国家主权的观念，就有必要认为，习惯国际法只有直接地或间接地为各国家所承认，才对国家有拘束力，或者也就是说，有必要主张，一般的习惯国际法是以国际共同体各成员的共同同意②或其所默示订立的条约为根据的。正如自然法学说主张国家，即国内共同体是以属于该国的个人自愿订立的一个社会契约为根据的一样，许多国际法作者也主张国际共同体是以一个契约为根据的，也就是说，是以属于这个共同体的各国共同同意为根据的。按照这种学说，习惯国际法的基础规范和约定国际法的基础规范是同一的；这就是说，"条约必须遵守"原则，作为一项自然法规则，是我们称为国际法的整个法律体系的基础规范。这种理论的主要作用是保持这

① 让·雅克·卢梭：《社会契约论》，（1762年）。

② 在"西兰德中央采矿公司诉英王"一案中（1905年，《法律报告》，国王分庭，第2卷，第391页），法院声称："关于确定性和明确性，国内法与关于国际行为规则的体系或总体之间有一个主要区别，后者如果存在的话（"国际法"一词就假定它是存在的），是依据于文明各国的共同同意的，而这种同意并非表现于任何法典或公约之中，而且在有争执时，也是没有任何被授权的或权威的解释者的，并且，在没有某种明示的国际协定时，确实是只能用在各国历史的类似情形下各国行动所产生的惯例的证据予以证明的。显然，对于许多可能发生的问题，这种共同同意能否被证明是存在的，是有不同意见的余地的。

样一项原则：一国只能在法律上受其自己意志的拘束，因而只能受其对那些调整其行为的规范表示的同意的拘束。这样，这种理论就保持了国家主权的教条。

虽然这种理论只是在国内法范围内早已被摈弃了的旧的自然法社会契约说的变种，但在国际法范围内，它仍然被适用并为许多著名的国际主义者所主张。其基本假定，“各国，即国际共同体各成员的共同同意”，正是跟自然法的社会契约一样，是一种虚构；而受国际法的支配的国家，按照其本身性质，并不是“主权的”，正如受国内法秩序支配的个人，按照其本身性质并不是“自由的”一样。

有些主张各国共同同意为国际法的根据的作者注意到这样的事实，即一般国际法对许多国家有拘束力，而这些国家却从来没有明示地或默示地对国际法表示过同意。因此，他们对这种学说加以修正，他们主张，所谓“共同同意”只是指国际共同体压倒多数的成员的默示同意，而那些不同意者是不重要的，而且是寻找共同体作为整体的意志——以别于该共同体个别成员的意志——的人所看不见的①。十分有趣的是，这就是卢梭在“一般意志”和“一切人的意志”之间所作的旧的虚构的区别，而这种区别的意思是把多数票的决定解释为整个共同体的意志。卢梭这样做，是试图保持一种幻想，认为个人虽然服从于“一般意志”，但仍然是“自由的”，即使他投票反对多数。但是，如果只要有共同体一个成员不同意，那就没有什么共同同意了；这样，一切个人都是自由的主张就是一种虚构。实际上，持异议的成员并不是“不见”了。如果只有压倒多数国家表示同意，那么，共同同意的说法和一切国家是主权的前提假定就都是虚构。

我们可以肯定地认为，只有一国承认国际法对其有拘束力，它

① 同上书，第1卷，第11目。

才受国际法的拘束，正如可以认为只有一个人承认国内法对其有拘束力，他才受国内法的拘束一样。换句话说，从国家是主权，即最高法律权威的假定出发，是可以的，正如从个人是自由的因而只受其本人意志的拘束的假定出发是可以的一样。但是，很难有一个作家准备接受这种假定的一切后果。

4.条 约

1. 概说。 (1)条约的概念。条约是两个或两个以上国家依据国际法正常地缔结的协议。如果只有两个国家是缔约国，它就被称为双边条约，如果两个以上的国家是缔约国，就被称为多边条约。协议是取得一致的行为或是取得一致的状态——意见或意志的一致。条约是意志的一致。一致必须以标志、口头或文字表现出来。条约是两个或两个以上国家表现出来的意志一致。国家的“意志”是由一个以国家机关的资格作行为的个人表示出来的。国内法律秩序以及国际法律秩序对两个或两个以上的人表现出来的意志一致附以法律效果。如果使这种意志一致发生效力的是国内法律秩序，我们说是契约；如果是国际法秩序，我们则说是条约。①有时，条约被称为国际协定“专约、议定书、公约、声明等等。但是名称是不重要的。②

条约象契约一样，是缔约各方意在确立相互义务和权利的一

① 在“塞尔比亚借款”一案中，国际常设法院于1929年(《国际常设法院出版物，甲集》第20—21号，第41页)声称，“任何契约如果不是作为国际法主体的国家之间的契约，就是以某国的国内法为根据的。”

② 在美国法学中，通常区别两类条约：“条约”，即按照宪法应由总统经参议院咨询和同意而缔结的国际协定；和所谓“行政协定”，即由总统不经参议院咨询和同意而缔结或授权缔结的条约。在“四箱精制钻石诉美国”一案中(《联邦报告》，1919年，第256卷，第305页)，法院判称，邮政总长经总统咨询和同意而与外国订立的邮政专约“不是条约，因为它们不是经参议院的咨询而订立的，而

(接下页注)

种法律相互行为。法律对这种法律相互行为所附的法律效果是，缔约各方在法律上有义务并相应地有权利象它们所宣示它们将要作行为那样作行为，这就是说，契约或条约制造了契约或条约所有意创造的缔约各方的义务和权利。这是法律相互行为和不法行为之间的区别，尽管不法行为也有法律效果。说缔约各方在法律上应当按照契约或条约作行为，就意味着，如果他们不这样作行为，他们就要受到制裁。由于缔结了契约或条约，缔约各方就能依法律对其相互关系加以调整。各国有权缔结条约，因为一般国际法授权各国缔结条约以调整其相互关系。各国有权用条约来创造相互义务和权利，因为一般国际法使各国负有尊重其所缔结的条约并履行其条约所确立的义务并在这样的范围内使各国负有这样的义务。

(2)"约定必须遵守"规则。缔约各国在缔结条约时，适用了一个习惯国际法规范——"约定必须遵守"——同时创造了一个国际法规范，这个规范表现为缔约一方或所有各方的条约义务，并表现为缔约另一方或其他各方的条约权利。法律义务和法律权利总是决定一个人的行为的法律规范的职能。"规范"一词是指主观地反映为义务和权利的客观现象。条约有"拘束力"的说法，只是意味着，条约是确立缔约各方义务和权利的一个规范，或者创造这个规范。因而，条约具有适用法律的性质，同时具有造法的性质。它具有适用法律的性质，因为每一次缔结条约都是"约定必须遵守"这项一

(接上页注)

且它们不是法律，因为它们不是国会制定的。"但是，以前，在"阿尔特曼公司诉美国"一案中(《美国》，第224卷，第583页)，最高法院(1912年)判称："一项国际协约既然是由两个主权国家的代表进行谈判并以缔约各国的名义订立的，而且是处理两国之间的重要商务关系的，并且是……经总统颁布的"，无论在国际上和在宪法上，就是一项条约，尽管它是一项"行政协定"。

般国际法规则的适用；它具有造法的职能，因为每一项条约都构成在缔结条约前尚不存在的一些义务和权利，即由于条约而产生的一些义务和权利。

(3)所谓"造法"条约。人们通常把造法条约与其他不造法的条约区别开来。这种区别是基于这样一个看法：有些条约是为了制定各国之间的行为规则的目的而缔结的，就是说，是为了造法的目的而缔结的，而其他条约则是为了其他目的而缔结的。但是，这种区别是不正确的。因为，(一般地说)法律和(特别地说)约定法，都是达到目的的手段，其本身并不是目的。任何条约的主要职能都是创造法律，就是说，创造法律规范，而不论是一般规范还是个别规范。当各国的任何目的——政治的或经济的——用条约来追求时，它是以法律形式得到实现的，任何所谓造法条约都有政治或经济的目的。因此，一个逻辑上正确的条约分类，即从国际法观点出发的分类，应该区别不同的造法条约，而不应在以造法为目的的条约和其他目的的条约之间加以区别。许多国家所缔结的用以创造调整缔约各国相互行为的一些一般规范的条约——多边条约，如国际联盟盟约和联合国宪章，与两个国家所缔结的用以创造只确立一国的一项义务和另一国的一项权利的一个个别规范的条约——双边条约，如割让条约，两者之间确有显著的不同。所谓造法条约是创造一般规范的条约，而其他条约则是创造个别规范的造法条约。但是在两种类型造法条约之间有许多中间阶段，而"造法条约"一词则是一个冗词。

(4)法律条约和政治条约。与区分条约为造法条约和其他条约的逻辑上错误的分类法有密切关系的，是法律条约和政治条约的区分，这种区分基于这样的看法：有些条约是法律文件，有些条约则是政治文件；政治文件与法律文件不同，它们不是按照法律原则而是按照政治原则来解释的。一项条约即使为了政治目的而缔

结，总是一个法律文件，它也只能按照法律原则来解释。按照政治原则来解释条约，意味着按照条约的政治目的来解释，就是说，按照缔约各方的意思来解释。但是，这是一种法律解释即解释法律文件的法律方法中的一种方法。

(5)条约的解释。为了确定一个法律文件的作者的意思，可以考虑到确立该文件所依据的历史情况，即政治和经济情况。就制定法来说，可以利用事先的议会辩论；就条约来说，则可以利用缔结条约前的谈判。(一般地)对于法律文件和(特别地)对于条约的另一种解释方法是按照文字的解释，即所谓逻辑与文法解释。一个法律文件的文字可能不符合于该文件创作者的可确定的意思。文字可能超过或者没有达到他们的意思。这样，按照创作者的意思的解释，对于文字来说，在第一种情形下，是限制解释，在第二种情形下则是推广解释。这些解释方法并不互相排斥。有权适用该法律文件所制定的法律的人或机关可以在这些解释方法之中加以选择——不论该文件是制定法或是条约，也不论缔结条约是为了政治目的还是为了其他目的——除非该法律文件本身的一个规范或该法律文件所属的法律秩序的另一个规范规定有一定的解释方法。一般国际法并没有这种规范；但一项条约可以规定关于该条约解释的一些规则。特别是，它可以给予一个国际机关，如国际法庭，以对条约作对缔约各方有拘束力的解释的权力。有时，一项制定法或条约没有其他目的而只是为了解释先前的一项制定法或条约。如果这种解释是有拘束力的，我们就说这是一种权威解释。

一般关于法律解释的原则也适用于条约的解释，并不存在与解释其他法律文件的原则不同的解释条约的原则。

(6)国际立法。有些作者说到“国际立法”，并用这一术语来指某种多边条约的确立，创造一些调整缔约各国行为的一般规范。这个名词不是十分确切的，因为它忽视了立法和缔结契约或条约之

间的本质区别。

就条约不仅指造法行为，即借以引致一致的作为，而且也指这种行为的结果，即这种行为所创造的法律规范，也就是构成缔约各方的义务和权利的约定规范而言，“条约”一词是含混不清的。当我们说条约是法律的渊源时，我们想到的是造法行为，即创造约定规范的程序。当我们说条约已经订立或者说按照条约国家有义务这样做或有权利这样做的时候，“条约”一词是指一种程序所创造的规范，其要素是引致意志的一致，即一种造法程序，而这种程序也被指为“条约”（契约）。在条约作为创造规范的行为和条约作为具体行为所创造的规范之间明显地加以区别，是重要的。“条约”一词的这两种不同意义的混淆不清，是传统的条约学说的许多误解和错误的根源。

2. *条约作为一种造法程序*。(1)缔约各方。国际协定的缔约各方照例是国家。但也有例外，不具有国际法意义上的国家性质的共同体也可以是缔约一方。我们已经提到过作为所谓教约的缔约的一方的罗马天主教会、具有国际人格的国际组织和一些类似国家的共同体，如联邦国家的成员邦和在保护关系下的国家，也都可能是国际协定的缔约一方。依据现行国际法，私人是不能缔结条约的。

依据一般国际法，国家缔结条约的权力在原则上是无限度的。各国有权对任何事项订立条约。但是，条约内容不应与具有“强行法”而非“任意法”的性质的一般国际法规范相抵触。国家缔结条约的职权也可以为特别国际法所限制。例如，国际联盟盟员有义务不缔结与国际联盟盟约相抵触的条约（盟约第20条第1款）。

(2)有权缔结条约的国家机关。一般国际法照例不直接决定哪个国家机关有权代表国家缔结条约。国际法让国内法律秩序去决定这种机关。通常而论，宪法授权国家元首单独地或在其他机

关——如国会、或一个内阁部长、或全体内阁成员——的合作下缔结条约。有时宪法区别不同类型的条约，特别是一方面为和约和政治上或经济上重要的条约，另一方面为其他目的的条约，前者需提交议会核准，而后者则可以由国家元首或内阁或内阁一成员(外交部长)缔结而不需议会合作，在多数国家宪法中，这种限制起着显著的作用。

国际法让国家宪法决定哪个或哪些国家机关有权缔结条约的这项规则必须解释为，国际法让有实效的国家宪法去决定哪些机关有权缔结条约。国家有实效的宪法可能与其成文宪法不完全相同，而很可能的——而且经常发生的——是，一国关于缔约权的实践与其成文的宪法的规范有所不同。美国总统缔结的所谓行政协定就是典型的例子。虽然宪法第2条第2节第2段明文规定只有“经参议院咨询和同意”，总统才有缔约权。但是，许多政治上很重要的条约却是总统未经参议院咨询和同意而用“行政协定”的名称缔结的。

(3)条约的合宪性。对于条约是否按照缔结国宪法缔结的这个问题的回答，取决于对宪法的解释；而政府在其与其他国家的关系上是有权解释其本国宪法的。① 因此，当一国通过其政府与另一国缔结条约时，后者就没有理由，也没有权利对前者行为的合宪

① 当在国际关系上发生一国国内法的解释问题时，所应接受的是有关国家的主管机关对该国内法的实际解释。在“塞比亚借款”一案中，国际常设法院在判决该案应适用法国法后，声称：“法庭由于在这些情况下要对一项国内法律的意义和范围作出决定，提出下述看法：由法院自己对国内法作出法院自己的解释，而将现有的司法判决置之不问，以致有与国内最高法院对该法律所作的而其结果本法院认为似乎是合理的解释相抵触的危险，那是不符合设立本法院所应担负的任务的，而且是与关于选出本法院成员的原则相抵触的。这样做是一件十分微妙的事情，特别是在一些关于公共政策——这个概念的定义在任何特定国家内主要是决定于该国在一定时间内流行的意见——的案件上和在与(接下页注)

性发生怀疑。但是，这并不妨碍一国政府在与另一国缔结条约后宣称，该条约的缔结是违反其本国宪法的，因而是根本无效的。①但是，有些作者主张，如果条约是由通常有权缔结条约机关，即国家元首，违反缔约国宪法缔结的，那么，依据国际法，该条约还是有效的，虽然依据有关国内法，负违宪之责的个人可能要受到制裁。如果这是实在国际法规则(这是有疑问的)，那么，国际法让国内法律秩序决定哪些机关有权在国际关系上代表国家的原则，就必须认为是受关于缔结条约的规则的限制的。②

另一个似乎构成这种限制的事实是；某些官员未经宪法明文授权，而对于在职权内的、属于单纯行政或技术性质的事项，实际上代表其本国缔结条约。例如负责管理邮政的内阁部长往往缔结关于这种事务的条约，在战时，军事司令官缔结关于停战、要塞投降等条约。如果这些条约的效力不能以有关国家不成文宪法的

(接上页注)争执的问题在没有直接有关的规定的一些案件上。真正构成法国法的是在法国内适用的法国立法"(第46页)。

① 1920年8月14日罗马尼亚和奥地利之间所缔结的商务条约被罗马尼亚宣告为无效，因为该条约没有按照宪法经过议会批准。

② 在瑞士和法国关于"1906年10月26日在伯尔尼签订的商务专约和报告的一项章程的解释的争端"中，仲裁法庭(1912年)声称："考虑到商务条约和章程是缔约各方由其全权代表给予的核准所支配的国际专约；法庭没有被要求去考虑该章程是否必须提交立法机关核准；这是属于国内法的事情。"《美国国际法学报》〔1912年〕，第6卷，第1000页)。

在"上沙优依及杰克斯自由区"一案中，国际常设法院(《国际常设法院出版物，甲/乙集》第46号，第170页)(1932年)就瑞士代理人在审讯时所作的一项声明声称如下："的确，在最近的审讯中，法国代理人曾经声明瑞士的建议是不能接受的；但是，他也同样把这项建议看作订立一项特别协定的一个要约，而这一要约在这种形式上是他所无权加以考虑的。同样，法国代理人对瑞士声明从宪法的观点来看有拘束力这一点表示某些疑问；然而本法院考虑到作声明的情况，必须把该声明看作是对瑞士有拘束力的。"

规范为根据，那么，它就只能以上述国际法规则为根据了。①

(4)武力威协或使用武力对条约的影响。上面已经指出，条约是意志的一致。国际法对这种意志的一致附以条约的特殊法律效果。这种意志的一致或相互同意是缔约各方的行为所促成的。一个行为是建议或要约，另一个是对这项建议或要约的接受。只要一方的建议或要约未为他方所接受而且未为前一方所知道已被接受，就不存在有任何条约。

各文明人民的国内法的最重要原则之一是，订立契约，必须是双方自愿的。非法的武力威协或使用武力所强加的契约是无效的或可废止的。但是，这项原则并未被公认为是一项适用于条约的实在国际法规则。在最重要的条约之中有和约，而和约照例是战胜国对战败国的武力威胁或使用武力所强加的。但是和约并不因此就被认为是无效的或可废止的。在这方面，一般国际法似乎具有原始法律的性质，它不承认这样一项原则，即意志表示如果是被强制的，就没有法律效果；因而由于对缔约一方施加强迫而产生的条约是根本无效的。甚至在罗马法上，由于勒索而产生的法律相互行为也不是根本无效的，而只是可废止的。认为不承认武力威胁或使用武力是国际协定无效或可废止的理由，可以说是这样一种学说的一个后果，即依据一般国际法，在各国关系上，武力的威胁和使用(战争)不是非法的。但是，既然依据联合国宪章，在国际关系上武力威胁或使用是非法的，那么，联合国各机关可以认为，武力所强加的条约是无效的或可废止的。

---

① 在“东格林兰的法律地位”一案中(《国际常设法院出版物，甲/乙集》，第53号，第71页)，国际常设法院就挪威外交部长对丹麦外交代表所作的声明声称如下：“本法院认为毫无疑问，外交部长代表本国政府对外国外交代表的一项请求所作的这种性质的对其职权范围内问题的答复对该部长所属国家是有拘束力的。”

有些作者对武力威胁或使用不是条约无效或可废止的理由这项规则作限制性的解释。按照这种学说，如果武力威胁或使用是针对作为国家代表缔结条约的个人本人的(例如，威胁要杀害他或使他成为俘虏)；条约是无效的或可废止的；但是，对国家本身的武力威胁或使用(例如，用武装部占领国家领土作为威胁)则不是使这种被强迫的条约成为无效或可废止的理由。

(5)条约的形式(签字和批准)。一般国际法对于条约的缔结没有规定一定的形式。所以，缔约各方可以用文字或口头，用标志，如白旗，或者甚至用姿势，来表示其同意。

事实上，许多条约的缔结是通过一种程序的，这种程序以两个阶段为特征。第一阶段是对包含有作为谈判结果的条约约本的一个文件的签字；第二阶段是缔约各国的主管机关对已签字的约本的批准。特别是在依照国家宪法有权缔结条约的国家机关——如国家元首或议会——不能参加条约的谈判时，而且特别是如果它们又不能将其缔约权委托其他机关，批准这种程序就发生了。在这种情形下，称为所谓全权代表的特殊机关是负责谈判和签订条约的，而已签字的条约则应提交批准。但是，在缔约各国经过宪法上有权的机关加以批准以前，条约是没有效力的；而且，任何国家都没有义务，对其全权代表所签订的条约加以批准。

按照传统学说，一旦条约文本为全权代表所签字，条约就已经缔结；但在批准以前，条约暂不发生拘束力。按照这种学说，批准的作用是使条约发生拘束力。只要还未经批准，条约虽已缔结，却是没有拘束力的。对批准行为的这种解释是不正确的。如果条约未经批准就没有拘束力，而且如果只有一个法律行为是有拘束力的，它才是条约，那么，条约是由于批准的行为而缔结的。对这种看法，提出了下述一些反对论点：缔约各国总是认为，条约一经全权代表签字，就已经缔结了条约；全权代表的签字表明了缔约各国

的同意。因为条约是由于全权代表的签字而缔结的，所以条约是不能部分地加以批准的；条约是不能通过批准行为加以任何更动的；条约可能由于条约的执行而得到默示批准；而且，最后却不是不重要的，条约总是以全权代表签字之日而非条约批准之日为条约日期的。

但是，这些论点并不是使人信服的。它们只是证明，各国政府采取了不正确的意见，认为条约是由于全权代表的签字而缔结的，虽然条约只有经过批准才发生效力，而且证明，这种错误的学说应对以全权代表签字之日为条约日期的实践负责。这日期本身是没有任何法律意义的。条约不能部分地加以批准和对条约不能通过批准加以更动的事实，必须以下述一个事实来说明，即如果一方只批准条约的一部分或更动条约的约文，它就没有同意；而不是以另一个事实来说明，即经过全权代表签字，条约就已经缔结了。条约可能由于条约的执行而得到默示批准，这是因为国际法并未规定任何正式批准，而只有在缔约各方要求正式批准时，正式批准才是必要的。

有些作者主张，条约签字国政府虽然没有批准条约的义务，但在尚未批准时不得妨碍条约的完成并且负有不作任何违反条约规定的行为的义务。① 这些义务几乎仅仅是属于道义性质的。而且，

① 1903年1月22日，美国和哥伦比亚签订了一项关于巴拿马运河的条约。该条约为美国所批准，但哥伦比亚参议院则拒绝批准。哥伦比亚政府在1903年12月23日致美国政府的照会中声称、"按照我国法律具有核准或不核准政府所缔结条约的特权或权力的哥伦比亚国会，在其不核准……该专约时，是行使一项完全权利的。"美国国务卿于1904年1月5日答称："国务院不想对条约在批准前不具有确定的拘束力的原则，进行辩论；但是，大家所熟知的另一项规则是：除了条约对私人权利发生影响的情形外，条约除非有规定，是从签字之日起对缔约国有拘束力的，而且在这种情形下，互换批准书是对该日期以后的条约的确认。这项规则必然意味着，两国政府在通过正式授权的代表对条约表

（接下页注）

即使人们认为各国政府负有在尚未批准时不作任何违反其代表所签订条约的行为的法律义务，这种义务也是完全符合于条约是由于批准行为而不是由于签字行为而缔结的学说的。因为，对各国政府设定这种义务的，并不是条约；对签字行为附以这种后果的，是与“约定必须遵守”规则不同的一个一般国际法规范。不作违反条约规定的任何行为的义务是与履行条约的义务不同的，后者是批准的效果。

各全权代表所签订的条约约文可以包括这样一项条款：条约如要发生效力，需要或不需要经过批准。这并不是有拘束力的条约规定，而是各签字国关于其各自的签字的意义的一项声明。如果条约包括一项需要批准的条款，它也可以包括一项关于批准或明示拒绝批准的期限的规定。如果没有这种规定，在法律上就可以在任何时候加以批准，但在实际上，如果在一定时期内不加以批

(接上页注)

示同意时就使自己受这样的拘束；在条约尚未批准时，不仅不得妨碍条约的完成，而且不得作任何违反条约规定的行为。”《美国对外关系文件》，第58届国会第二次会议，众议院，第1号文件，第285、299页)。

凡尔赛和约第256条规定：“受让德国领土之各国，应取得在各该领土内属于德意志帝国或各邦之各项财产及所有物。……”在关于“在波属上西里西亚的某些德国利益”一案中(《国际常设法院出版物，甲集》，第7号)，波兰政府辩称，1919年6月28日签订的条约，即使在批准以前，仍对德国设定了不得出让在德意志帝国割给波兰的领土上德帝国或各邦的财产及所有物的义务。国际常设法院(1926年)判决：该条约并未使领土受让国有权认为割让国在主权转移前所作的出让是根本无效的；德国保有在正常管理公共财产的过程中处分其财产的权利。但是法院承认，这种权利有被滥用的可能：“不能假定有这种滥用，而应由表明已经发生这种滥用的国家负责予以证明。”(第30页)

在“麦加里迪斯诉土耳其”一案中(《年摘，1927—1928年》第272号案件)，土耳其和希腊混合仲裁法庭(1928年)就1923年7月24日土耳其所签订的洛桑条约判称，自条约签字之日起并在条约生效以前，缔约各方有不作任何损害条约条文施行的行为的义务。

准，就被认为是拒绝批准。

有时，代表们所签字的约文包含着一些规定，这些规定只有为一个特别签字国所批准才成为有效条约的一部分。但是，如果这一签字国拒绝批准，该条约则在其他缔约国批准后对其发生效力，而其约文却是不符合法律现实的。例如，国际联盟盟约第1条规定："国际联盟之创始会员国应以本盟约附件内所列之各签字国……为限。"第4条规定："行政院由主要协约及参战各国之代表与联盟其他4会员国之代表组织之。……"美国是附件所列的各签字国之一，而且按照该条约的序文，是协约及参战国之一。因此，按照第1条的文字，它是国联创始会员国，而且按照第4条的文字，是行政院常任理事国。但是，由于它没有批准该条约，从而虽为签字国却不是缔约国，它就既不是国联会员国，也不是行政院理事国。约文的缺点就在于没有区别签字国和缔约国，这是一种错误观念的后果，按照这种观念，需要批准的条约是由于全权代表的签字而缔结的。

在多边条约的情形下，条约可以在一切签字国批准以前发生效力，如果该条约有这样一项规定的话。这项规定也只有经过批准才发生效力。例如，联合国宪章第110条规定："一、本宪章应由签字国各依其宪法程序批准之。二、批准书应交存美利坚合众国政府。该国政府应于每一批准书交存时通知各签字国，如本组织秘书长业经委派时，并应通知秘书长。三、一俟美利坚合众国政府通知，已有中华民国、法兰西、苏维埃社会主义共和国联邦、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国，以及其他签字国之过半数将批准书交存时，本宪章即发生效力。美利坚合众国政府应拟就此项交存批准之议定书并将副本分送所有签字国。四、本宪章签字国于宪章发生效力后批准者，应自其各将批准书交存之日起为联合国之创始会员国。"

如果一般国际法没有任何规则对条约的缔结规定一定的形式，关于批准是否必要的问题就应按照缔约各方的意思来回答。这种意思可以由条约约文内载以本条约仅在批准后开始生效这样的规定表示出来。即使各全权代表所签署的约文并没有这样一项条款，签字的意思也不能是签字国认为有法律拘束力的意志表示，因为全权代表并未被授权作这行为。因而，在这种情形下，条约也是由于批准而缔结的。鉴于在19和20世纪的各国实践中大多数条约，特别是多边条约，都明文规定需要批准，许多作者和法院认为——作为一个法律的假定——如果条约没有相反的规定，批准是必要的。①但是，这种实践——人们可以争辩说——只是表明，国家认为规定需要批准的明文条款是必要的。这样，就不排除相反的假定了。有时甚至有人主张有一项一般的习惯国际法规则，按照这项规则，批准是必要的，除非条约是一个按照国家宪法有权缔结条约而不需要其他机关合作的国家机关——例如国家元首——在缔结不需要其他机关合作的条约的情况下所签字或用其他方式表示同意的，或者是其他国家机关在这个机关有权缔结属于单纯行政或技术性质的条约的情形下所签字或以其他方式表示同意的。②如果存在有这样一个一般国际法规则，那么，就很难主张国际法对条约的缔结没有规定一定的形式了；而且，在这种情形

① 在"厄立查·安号"一案中，法院声称："……后来的各国实践都需要批准，虽然条约可能已经由全权代表签字。按照现行实践，嗣后批准在本质上是必要的；对这种主张的正确性的有力确证是，几乎没有一个现代条约不作这样的明文规定，因此，现在应该假定，全权代表的权力是受嗣后批准的条件限制的。批准可能是一种形式，但它是一种必要的形式；因为，在法律效力这一点上，没有经过批准的文件是不完全的。"

② 在关于"奥得河国际委员会的属地管辖权"一案中（《国际常设法院出版物，甲集》，第23号，第20页），国际常设法院（1929年）提到"通常的国际法规则，其中有这样一项规则：除某些例外情形外，条约仅仅由于其得到批准才是有拘束力的。"

下，在条约中列入一项需要批准的条款，也就是多余的了。但是，现行的实践并没有证实这种看法。

虽然一般国际法并未规定批准行为的一定形式，但是通常总是按缔约各方的数目而作成若干份正式文件，由各国家元首和外交部长鉴署，并在有关国家之中互换这些文件。有时，批准文件并不互换，而交存于批准该条约的各国政府中一国政府；按照上引的宪章第110条的规定，情形就是这样。

有条件的或部分的批准，或附保留的批准，都是不允许的。但在多边条约的情形下，一国在其他签字国同意下可以通过其全权代表签署于一项条约而附以某些保留，或者，条约约文可以规定各国政府在批准条约时可以作出保留。这样，附有这种保留的批准所涉及的是经该保留加以修改的条约约文；而且，这样，缔约各方就可能在同一条约下有不同的义务和不同的权利。这是可能的，因为条约对所有缔约国设定同样义务和同样权利并不是必要的。所必要的只是所有缔约国都同意条约的内容。条约约文所允许的或全权代表在签署时在其他签字国同意下作出的保留，应视为条约约文的一部分。同一原则也适用于在批准时所作而后来为其他缔约国所同意的保留。① 按照有些作者提出看法，所有缔约国

---

① 国际法逐渐编纂专家委员会在致国联行政院的一项报告中声称："为了对条约的一项条款可以有效地作任何保留，所必要的是这项保留应为所有缔约国所接受，正象在谈判过程中提出的保留应由所有缔约国接受的情形一样。如其不然，保留就象附有该保留的签署一样，是根本无效的。"（国际联盟：《公报》[1927年]，第881页）。联合国秘书长关于多边条约的保留的报告（《联合国文件》A/1372，1950年9月20日，第19页）有下述的说明："秘书长所遵守的规则……可以说明如下：在条约生效前，一国只有经过生效日期以前已经批准或加入该条约的一切国家同意，才可以在签署、批准或加入时作出保留；而在生效日期以后，只有经过该日期以前已经批准或加入该条约的一切国家同意，才可以这样做。"

对这种保留的同意是不必要的；而条约只在作保留的国家和同意该保留的国家之间发生效力。①

(6)简化程序。由于缔结多边条约的通常程序（旨在缔结条约的各国会议、全权代表在一致同意的约文上的签字、政府对已签字的约文的批准、批准书的互换）是复杂而缓慢的，因而曾经试图对其加以简化和缩减。这种简化程序的主要类型有如下述：

1. 正如上面所指出的，条约可以不规定互换批准书，而规定将批准书交存缔约一方的政府或条约所成立的国际组织的机构，由该政府或该机构负责通知其他缔约国。例如，1948年3月7日在

---

① 这是泛美联盟所遵从的实践。在理事会1932年5月4日通过的一项决议中对附保留而批准的条约作下述的说明：1.在那些不附保留而批准条约的国家之间，条约应按照签署时的情形或和依照原来起草和签字的条约规定发生效力。2.在附保留而批准的各国政府和接受该保留的各国之间，条约应按照该条约可能为该保留所修改的形式发生效力。3.在附保留而批准的一国政府和可能已经批准而不接受这种保留的另一国政府之间，条约不发生效力。《(见威廉·逊得尔斯：《在批准或加入文件中所作的对多边条约的保留》一文所引，《美国国际法学报》，〔1936年〕，第33卷，第490页)。参见《联合国文件》A/1372，1950年9月20日，第11页。国际法院应联合国大会的请求于1951年5月28日提出的关于"对灭种公约的保留"的咨询意见中声称：1."一个曾经提出并维持一项保留而该项保留为该公约一个或一个以上缔约国所反对但不为其他缔约国所反对的国家，可以被视为该公约的缔约国，但以该保留符合该公约的宗旨和目的为限；否则，该国就不能被视为该公约的缔约国；"2."甲、如果该公约的一个缔约国反对一项其认为与该公约的宗旨和目的不符的保留，它可以在事实上认为保留国不是该公约的缔约国；乙，如果另一方面一个缔约国接受一项保留，认为该项保留符合于公约的宗旨和目的，它可以在事实上认为保留国是该公约的缔约国"；3."(甲)尚未批准该公约的签字国对保留所表示的反对，只在批准时，才具有第一问题的答案中所指出的法律效果。直到那时，该反对只充当向其他国家表明该签字国的可能态度的通知；(乙)有权签字或加入而尚未签字或加入的国家对保留所表示的反对，是没有法律效果的。"(《国际法院报告》，1951年，第15页)法院的意见与前注所引的秘书长所遵守的规则不同。

布鲁塞尔签订的条约第10条规定："本约须经批准，批准书应尽速交存比利时政府。……比利时政府应将每一批准的交存和每一废约的通知转告各缔约国政府。"

2.所有全权代表所一致同意并签字的约文在一些而不一定是所有签字国批准之后发生效力，但只对已经批准该条约的签字国发生效力。1947年9月2日在里约热内卢签订的美洲国家间互助条约第22条和第23条规定："一俟三分之二的签字国交存批准书后，本条约在批准的国家之间应即生效。……批准书应交存泛美联盟，该联盟应将每一批准书的交存通知各签字国。此项通知应视为批准书的交换。"

3.不召开会议也不在全权代表所一致同意的约文上签字，而条约约文是由所有缔约国参加的国际组织的一个机构一致通过的决议予以通过的。已通过的约文以议定书的形式提交各国政府批准。这就是国际常设法院规约发生效力的方式。国际联盟大会一致宣告它核准了行政院依据盟约第14条所拟定的国际常设法院规约草案。然后，经大会通过的规约草案以议定书的形式提交国联各会员国政府和其他各国政府采纳。议定书原文如下："国际联盟会员国通过经其正式授权并在下面签署的代表们，声明接受1920年12月13日国际联盟大会在日内瓦表决一致通过现附于本议定书的国际常设法院规约。因此，各会员国声明承认基于上述规约各条款及在该规约所定条件下法院的管辖权。本议定书是根据1920年12月13日国际联盟大会所通过的议决案拟就，应经批准手续。各国应将批准书送交国际联盟秘书长；由秘书长采取必要步骤，将此项批准事由通知其他签字国。批准书应交存于国际联盟秘书厅档案库。本议定书应予开放，任凭国际联盟各会员国和盟约附件内所述各国签字。法院规约应依上述决议案规定发生效力。"

4.经一个国际组织的机关多数表决通过并提交各会员国批准的条约约文，只对那些已经批准该条约的国家有拘束力。例如，国际劳工组织规章第19条授权该组织的大会通过公约草案，但公约草案必须经各会员国批准才成为有拘束力的条约。提交国际劳工组织各会员国批准的国际公约草案须经出席大会代表三分之二多数表决(第19条第2段)。公约草案一份应由大会主席和国际劳工局局长签字认证，并交存于联合国秘书长。局长应将公约草案的校正抄本送交各会员国，但只对批准该公约的国家有拘束力。

5.一个国际组织的机构多数表决通过的约文，经多数会员国批准时，对一切会员国有拘束力。这种程序是为修正国际组织的规章而设的。例如，国际联盟盟约第26条规定："(一)本盟约之修正，经行政院全体及联盟大会代表多数之批准时，即生效力。联盟会员国有自由不承认盟约之修正案但因此即不复为联盟会员国。"国际劳工组织规章第36条规定："本规章的修正，经出席大会三分之二多数表决通过，于本组织会员国三分之二、包括作为最重要工业会员国出席理事会之8理事国中5理事国批准或接受时，即生效力。"联合国宪章第108条规定："本宪章之修正经大会会员国三分之二之表决并由联合国会员国之三分之二、包括安全理事会全体常任理事国，各依其宪法程序批准后，对于联合国所有会员国发生效力。"修正即使只经大会多数"表决"并且只经各会员国多数批准，仍对所有联合国会员国发生效力。宪章第109条规定："一、联合国会员国，为检讨本宪章得以大会会员国三分之二之表决，经安全理事会任何7理事国之表决，确定日期及地点，举行全体会议。联合国每一会员国在全体会议中应有一个投票权。二、全体会议以三分之二表决所建议对于宪章之任何更改，应经联合国会员国三分之二、包括安全理事会全体常任理事国，各依其宪法程序批准后，发生效力。三、如于本宪章生效后大会第十届年会前，此项全

体会议尚未举行时，应将召集全体会议之提议列入大会该届年会之议事日程；如得大会会员国过半数及安全理事会任何7理事国之表决，此项会议应即举行。”修正即使只经全体会议多数“建议”并且只经会员国多数批准，仍对所有会员国发生效力。

宪章与国际联盟盟约不同，它不包括这样一项规定：一项修正不应拘束一个表示不同意因而被授权退出联合国组织的会员国。但是，按照旧金山会议第一委员会通过的解释，如果一个会员国在大会或全体会议上所投票反对的修正发生效力，以及如果一个会员国所投票赞成并批准的修正不发生效力，该会员国可以退出联合国组织。

6.如果一个国际组织的规章给予一个由全体会员国或只由某些会员国参加的机构多数表决通过对各会员国有拘束力的规范而不需要提交批准的权力，这种程序就取得立法的性质。联合国大会按照联合国宪章第22条和安全理事会按照第20条，就是这样通过其各自的程序规则的。同样，大会于1946年12月14日在第65次会议上通过了执行宪章第102条所规定的关于登记和公布条约的规章。

(7)条约的登记。国际联盟盟约第18条规定：“嗣后联盟任何会员国所订条约或国际协议应立送秘书处登记并由秘书处从速发表。此项条约或国际协议未经登记以前不生效力。”宪章第102条规定：“一，本宪章发生效力后联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之。二，当事国对于未经依本条第1项规定登记之条约或国际协定，不得向联合国任何机关援引之。”

会员国不履行盟约第18条规定的义务，有什么法律后果呢？首先，后果可能是，但不一定是盟约第16条第4款所规定的一般制裁——行政院决议将该会员国开除出盟；其次，可能是第18条

本身所规定的制裁——未经登记的条约不得具有拘束力。虽然第18条没有区别国联会员国与会员国之间所缔结的条约和会员国与非会员国之间所缔结的条约，但只有对于国联各会员国之间所缔结的条约，登记才是该条约的效力的一个条件。非会员国是不受盟约支配的，因而是不受第18条拘束的。当非会员国与国联会员国之间缔结条约时，前者有权认为该条约对该会员国有拘束力，即使该条约未在秘书厅登记。第18条的文字显然超出了一般国际法所决定的各种可能性。①

象盟约第18条一样，宪章第102条提到会员国与会员国之间或与非会员国之间缔结的条约。但宪章并未宣告未经登记的条约为无效，它只规定，未经登记的条约不应被联合国的机构，如大会、安全理事会，特别是国际法院所认为有效。如果一会员国一贯地违反第108条规定的义务，那么，就可以适用第16条所规定的制裁(开除)。

第102条只适用于联合国会员国与会员国或与非会员国之间或与联合国或其他国际组织之间缔结的条约。它不适用于非会员国与非会员国或与联合国或任何其他国际组织之间缔结的条约。但大会于1946年12月14日通过的规章，却也包括关于一些登记和公布宪章第102条所未规定的条约的规定。

(8)条约的加入。与条约的缔结不同的是，一国对其他国家所已经缔结的条约的所谓加入。由于加入，一国成为条约的一方，或

① 在"帕布罗·那杰拉(黎巴嫩)"一案中(法国和墨西哥混合求偿委员会，1928年；《年摘，1927—1928年》，第271号案件)，委员会判称：关于第18条的一般意义，该条约的规定并不妨碍一项合法批准的条约在缔约的国联会员国之间有拘束力，因而，尽管疏忽了登记，各当事国不能退出该条约或与第三国缔结违反该条约的条约；但是，该条约不允许各当事国不仅在国际联盟大会和行政院上而且在国际常设法院和任何其他国际法庭上援引该条约为有拘束力的条约。这种解释很难说是符合第18条的文字的。

者是整个条约的一方，或者只是条约的某些规定的一方。在后一种情况下，有些作者说是参加，以别于加入，加入是在一国成为整个条约的一方时发生的。加入和参加只有在条约有关于加入和参加的规定时才是可能的。条约，特别是多边条约，常有这样的规定：该条约公开于一切其他国家加入或只公开于某一特定国家或某些特定国家加入，这种加入可能决定于或不决定于该条约的各缔约国的同意。例如，1949年4月4日的北大西洋条约第10条规定："欧州任何其他国家，凡能发扬本公约原则，并对北大西洋区域安全有所贡献者，经缔约各国之一致同意，得邀请其加入本公约。"

按照传统学说，条约的加入总是意味着条约的缔结。这种看法是不正确的。条约的加入和条约的缔结之间有一些主要区别：(1)加入国没有机会通过谈判来影响条约的内容。加入国只能在接受或不接受不加变动的条约之间作出选择。(2)在缔结条约时，必须有缔约各方的意志一致，特别是就各缔约者来说。每一方必须同意与特定的另外一方缔结条约；而且在缔结条约时必须有这种意思的一致。当一国依据加入条款而加入一项现有条约时，这种意志一致就不是必要的。即使缔约国即缔约各方之一对于第三国加入的可能性改变想法，只要加入条款仍然有效，它对加入的表示的不同意或所提出的抗议是不相干的；而且，这种条款象条约的任何其他规定一样，不能由于缔约国之一的单方意志表示而归于无效。依据加入条款而加入一项现有条约，并不是与条约的缔约各方缔结一项条约，这勿宁是一国服从于其他国家缔结的条约所创造的一个先前存在的规范或一套先前存在的规范。加入一项条约与缔结这项条约或缔结一项具有同样内容的新条约并不相同，这一点在下述情形下是特别清楚的，即一项多边条约成立一个国际共同体并规定新会员可以由共同体的一个机构多数表决接

纳；例如，国际联盟盟约第1条第2款或联合国宪章第4条第2项。由于加入或被允许加入一个已成立的国际共同体而成为该共同体的成员，是等于加入成立该共同体的条约的。如果一国是由现有各成员国的代表多数表决接纳为新成员国的，那就很难主张这样的虚构，即新成员国曾与一切其他成员国，甚至与那些投票反对其加入的成员国，缔结了一项条约。关于接纳新成员国的条约的规定决定着该条约的拘束力可以推广到该条约的非缔约各方的各国的条件。由于加入(接纳)，加入国成为条约所规定的义务、责任和权利的主体。

3．条约作为一种特殊程序所创造的法律。 象任何其他法律规范一样，条约所创造的规范有一定的效力范围。正如上面所指出的，我们是把属物、属人、属地和属时效力范围区别开来的。

(1)条约的对象。传统学说把条约所创造的规范的属物效力范围问题说成是条约的对象问题。一般都承认，任何事项都可以由条约加以调整。在原则上，一般国际法不限制条约所创造的规范的属物效力范围。但是，这项原则似乎有些例外。经常有人主张，设定一种实际上不可能或不道德的义务的条约是根本无效的。这意味着，这种条约是可以由缔约每一方根据那个理由予以废止的。但是，关于什么是实际上不可能或不道德的问题是有争论的。依据一般国际法，并没有任何有权决定这个问题的客观权威。此外，缔结了一项条约而后来以该条约的不道德内容为理由而宣告该条约为根本无效，这肯定是比该条约本身更为不道德的行为。

在这里，发生了这样的问题：一项条约能否对缔约一方设定义务，在将来对某一事项与缔约另一方或与第三方缔结另一项条约？这种条约被称为“谈判或缔结条约的约定”。就与第三方缔结的条约来说，显然，一个人格者是不能用条约来承担缔结这种条约的义务的，因为条约的缔结不是一个人格者的行动，而是有赖于另一

个人格者的合作的。该人格者只能承担试图与第三人格者缔结条约的义务，而且这种义务也是很有问题的。①

如果一项条约对缔约各方设定了义务，将来彼此缔结一项关于某些事项的条约，两种情形必须加以区别：前一项条约构成或者不构成一项对某些点的协定。如果前一项条约已经构成一项对某些点的协定，它就不是一个"谈判或缔结条约的约定"，而是一项对缔约各方设定实质性义务的条约，即作某些事情或不作某些事情的义务，而不是缔结一项条约的义务。它可以是一项所谓预备条约，只决定某些重要点，而需要由一项后来的所谓确定的条约来完成，来决定其他比较不重要之点。如果前一项条约并不构成一项对某些点的协定，它就只确立为了缔结条约而进行谈判的义务，而不是缔结一项条约的义务。这种条约没有多大价值的一个典型例子是联合国宪章第 43 条，按照其文字是使各会员国承担义务，与由安全理事会代表的联合国缔结特别协定，来规定交由安全理事会处理的军队的数目和种类、其准备程度和一般驻扎地点以及提供便利和协助的性质。虽然宪章现已生效 5 年，但这些特别协定尚未缔结，而且可能永远不会缔结。然而，不能认为各会员国因而

① 在"立陶宛与波兰之间铁路的交通"一案中（《国际常设法院出版物，甲/乙集》，第 42 号），国际联盟行政院 1927 年 12 月 10 日向波兰和立陶宛政府建议，"尽速进行直接谈判以便建立两邻国之间的关系，从而保证和平所依赖的各国之间的良好谅解"。国际常设法院在 1931 年 10 月 15 日的咨询意见中判称：由于立陶宛和波兰的代表参加了 1927 年 12 月 10 日行政院决议的表决，两国政府就受其对行政院决议的同意的拘束，该决议就构成它们之间的约定。法院不能接受波兰的论点，认为该决议所规定的进行谈判的义务构成了一项达成协议的约定："本法院确实有理由认为，两国政府依照行政院决议所承担的约定不仅是进行谈判，而且是尽可能将谈判进行下去，以便缔结协定。……但是，进行谈判的义务并不包含达成协议的义务，尤其不包含这样的意思：立陶宛由于承允谈判而承担了一项约定的义务，因而就有义务缔结为恢复兰德瓦罗—凯西亚多里斯铁路一段交通所必需的行政和技术协定。"

违反了第 43 条所规定的义务。

关于条约的属物效力范围的另一个问题是：一项条约是否可以排除一般国际法规范的适用？或者，象该问题通常所表达的那样，与一般国际法规范相冲突的条约应否认为是有效的？这是关于一般的习惯国际法规范是具有“强行法”的性质还是“任意法”的性质的问题。在传统的国际法学说中，这个问题是得不到明确回答的。有些作者主张，在这方面有完全的或几乎完全的契约自由；另外一些作者则主张，与普遍承认的国际法原则相冲突的条约是根本无效的。但是，他们没有而且不能明确的指出，哪些一般国际法规范具有“强行法”的性质，就是说，哪些规范的适用是条约所不能排除的。一项条约，如果规定两个或两个以上国家彼此解除关于禁止占领公海一部分的一般国际法规范所设定的义务，可能被有权处理这种案件的国际法庭宣告为根本无效。但是，很难否认，各国可以缔结一项有效的条约，在其相互关系中放弃对其本国公民行使保护的权利，即放弃一般国际法所给予它们的一项权利。①

(2) 条约所拘束的主体。就条约所确立的规范的属人效力范围来说，人们通常认为，一项条约只对各缔约国设定义务和给予权利——“条约既不有利也不有害于第三方”。国际法学家们所主张的另一项原则是：条约只对各国，而不能对其臣民即私人有效力。但是，这两项原则在实在国际法上都有一些重要的例外。

---

① 法太尔：同上书，引论，第 7—9 段上说“我们对那种由于自然法适用于各国而产生的法律，用‘必要的国际法’这一术语。它是必要的，因为国家是有加以遵守的绝对义务的。它包含着那些自然法向各国发出的训示；它像拘束个人一样拘束国家，……因此，既然必要的国际法是把自然法适用于国家的，而且既然自然法是不变的，是以事物本性、特别是人的本性为根据的，那么，必要的国际法也是不变的。既然这个法律是不变的，而且其所设定的义务是必要的和不可缺少的，国家就不能用协定来改变它，也不能个别地或相互地使它们自己不受其约束。”

(a)对第三国设定义务的条约

1.确立所谓国家地役的条约。“地役”一词取自于私法。按照通常的定义，地役是为了属于另一所有人的另一块土地的使用而对一块土地所加的负担。所以人们说是“供役”地和“承役”地；例如，为了更好利用另一块土地而通过一块土地的权利。这种法律制度的本质是，对供役地所有人所设定的义务随着该土地同时转移于供役地的任何继承人，而相应的权利则转移于承役地的任何继承人。义务是照原来的样子固定在供役地上，权利则固定在承役地上。以此为类比，国家地役是对一国设定的涉及一国领土的义务，例如，不在某一地方设防的义务，其效果是，任何其他国家继承该领土，也就自动地继承这种义务；而相应的权利则自动地转移于继承那块因确立义务而得到好处的国家领土的任何国家。条约能否成立这样的固定于国家领土上的义务权利，是有疑问的。① 如

① 在英国和美国的“北大西洋沿岸渔业”仲裁一案中(常设仲裁法院的法庭，1910年；斯柯特：《海牙法院报告》，〔1916年〕，第160页)，法庭否定了美国的下述论点：1818年条约所给予美国的捕渔自由构成美国所享有的对英国领土的地役。法庭不能同意这个论点，其理由之一是因为“在现在所要赋予的意义上的国际地役学说，是来自盛行于神圣罗马帝国的特殊的而现在已不存在的情况的——神圣罗马帝国的领土统治者们不是完全占有者，他们是在罗马帝国之下占有领土的，而至少在理论上，并从某些方面来说也是实际上，是服从于罗马帝国宫廷的，而且，他们的权利与其说属于公法的性质，勿宁说是民法的性质，更多地带有所有权，而不是统治权的性质，因而肯定不是完全的主权；同时还因为，与这种准主权以及其在各个时期用各种方法所获得的不完整特性不同，并且在其性质上不因任何方面的不完全性或因有利于另一块领土及其所有者的限制而受影响，近代国家，特别是英国，由于一个近代国家的宪法要求有实质上的主权和独立，是从来不承认主权分割的”，而且“因为这种学说既不适合于象英国和美国这样一种宪政制度国家内所盛行的主权原则，也不适合于各主权国家的当前国际关系，因而很少得到近代公法学家们的支持，如果有的话。因此，为了国际共同体的一般利益和本条约各方的利益，这种学

(接下页注)

果是可能的，它们就肯定地构成了条约只对缔约国设定义务和给予权利这项原则的例外。因为，继承该附有义务的领土的国家就依据其所缔结条约而承担了义务，而继承该附有权利的领土的国家则通过其所未缔结的条约而成了权利的主体。

2．确立领土变动的条约，特别是割让条约，如果所有其他国家不被允许在割让国撤出被割让领土后便占领该领土，而且有义务认为被割让领土于受让国占领后在法律上是属于受让国的。

3．建立一个新国家同时对这个国家设定义务而这个国家却非缔约国的条约：但泽（凡尔塞条约）；梵蒂冈（拉忒兰条约）；的里雅斯特自由区（对意和约）。

4．成立一个国际组织并规定由各会员国组成的一个集体机构多数表决或经各会员国多数批准的条约修正对所有会员国都有拘束力的条约，例如，联合国宪章第108条、109条和国际劳工组织规章第36条。

5．绝大多数国家所缔结的并以建立整个世界的一种国际秩

（接上页注）

说只有依据一项国际契约的明文证据才能予以确认。

在"温勃尔登号"一案中（《国际常设法院出版物，甲集》，第1号），德国拒绝一艘运俄军火到当时与俄国作战的波兰去的英国轮船温勃尔登号通过基尔运河，尽管凡尔塞和约第380条规定："基尔运河及其入口应在完全平等之条件上对所有与德国处于和平之各国商船、军舰维持自由和公开。"法庭（1923年）声称："为了在本案中否定〔温勃尔登号〕第380条所规定的自由通过基尔运河的权利，曾经向本法院力主这样的论点，即这项权利实际上等于对德国设置国际法地役，而象对主权行使的一切限制或界限一样，这种地役必须尽可能予以限制性解释并且将其限于最狭窄的范围之内，尤其是必须解释为：它不应影响在武装冲突中的中立所产生的权利。本法庭未被请求对下述一个问题采取明确的态度：在国际法范围内是否真正有与私法的地役相类似的地役；而这个问题是属于很有争论性质的问题。"法庭得出这样的结论："被告德国错误地拒绝允许〔温勃尔登号〕通过该运河。"

序为目的的多边条约，如国际联盟盟约或联合国宪章。

国际联盟盟约第 17 条规定："若一联盟会员国与一非联盟会员国或两国均非联盟会员国遇有争端，应邀请非联盟会员国之一国或数国承受联盟会员国之义务，俾按照行政院所认为正当之条件，以解决争端。……如被邀请之一国拒绝承受联盟会员国之义务以解决争端而向联盟一会员国从事战争，则对于采取此种行动之国即可适用第 16 条之规定。"第 16 条规定了对违反不诉诸战争义务的制裁，而第 17 条将这种义务推广到非会员国，这就意味着，盟约主张其对非缔约国是有拘束力的。

宪章第 2 条第 6 款规定，本组织在维持国际和平及安全的必要范围内，应保证非联合国会员国的国家遵行第 2 条所规定的原则。最重要的原则之一是不从事武力威胁和使用并以和平方法解决国际争端的义务。这一条约由于授权联合国组织来保证非会员国遵行宪章的规定，就使安全理事会有权对违反会员国所承担的义务的非会员国采取强制行动——作为制裁——从而将这些义务推广到非会员国。这就意味着，宪章主张其对非缔约国也有效。

对确立义务的契约性规范的属人效力范围的限制，即条约——上述例外除外——只能对各缔约国设定义务的原则，是国家主权原则的结果，而国家主权原则——象通常所理解的那样——所包含的意思是：一国未经其同意，是在法律上不受拘束的。但是，对这项原则加以限制，却是现代国际法的一个特有的趋势。对第三国设定义务的条约已经越来越为人们所承认了。

(b)对第三国给予权利的条约①。确立权利的契约性规范的属人效力范围问题，是不涉及对确立义务的契约性规范的属人效力

① 在关于"在波属上西里西亚的某些德国利益"一案中，国际常设法院（1926 年）声称："条约只在该条约的缔约国之间创造法律；如有疑问，就不能从该条约推论出对第三国有利的任何权利"（第 29 页）。在"上沙优依和节克（接下页注）

范围加以限制所依据的原则的。一项条约给予第三国以一项权利，不会侵犯一个非缔约国的所谓主权。一项条约只有对本条约的一个缔约国设定义务，才能对一个第三国给予权利。唯一的对从主权原则产生出来的契约性规范的属人效力范围加以限制的规则，是条约只能对各缔约国设定义务的规则，而这项规则丝毫不受对第三国给予权利的条约的影响。事实上，实在国际法并没有任何原则排除有利于第三国的条约。这种条约有如下述：

1.对承役国的继承国创造权利从而确立国家地役的条约，虽然该继承国并不是该条约的缔约国。

2.成立对少数者的保护并使非缔约国有可能对条约规定的违反诉诸一个法院的条约，例如，协约及参战各国对波兰于1919年6月28日签订的条约，对捷克斯洛伐克于1919年9月10日签订的条约，对塞尔维亚—克罗地亚—斯洛文尼亚于1919年9月10日签订的条约；对罗马尼亚于1919年12月9日签订的条约；对希腊于1920年8月10日签订的条约。

3.两国之间关于一条运河或海峡所缔结的规定该运河或海峡应公开于一切国家的船舶的条约，例如，1901年的英国和美国的海—庞斯福条约和1903年的美国和巴拿马关于巴拿马运河的海—互里拉条约，或1881年的阿根廷和智利关于麦哲伦海峡的条约。

4.凡尔赛和约第109条包含有有利于丹麦的规定；第116条，有利于俄国的规定；和第358条，有利于瑞士的规定；虽然这3

（接上页注）斯区自由地带"一案中，国际常设法庭声称："不能轻易地假定，有利于该第三国的规定是为了给第三国创造一项实际权利。但是，这并不妨碍主权国家的意志具有这种目的和效果。因而，依据其他国家之间所制定的一个文件而取得一项权利的问题是按照每一特定情况予以决定的问题；所必须予以确定的是，对第三国作有利规定的国家是否有为该第三国创造一项实际权利的意思，而这项权利也为该第三国所接受。"（第147页以下。）

国都不是该条约的缔约国。

5.对意大利和约(签字于1947年2月10日)第76条包含有有利于“曾与意大利断绝外交关系,并采取步骤,以与同盟和参与国合作的任何联合国家”的规定,虽然它们不是该条约的缔约国。

如果条约是按照缔约各方的意思加以解释和适用的,那么,有权适用条约的权威就应当也适用有利于第三国的规定,只要该规定表示了缔约各方的意思,而且该规定还没有按照国际法加以修正或废止。通常对有利于第三国的规定的效力所提出的反对意见——认为这种规定可以不经该第三国的同意而加以修正或废止——是不中肯的。一国国内法所确立的权利也存在着同样情形。任何人都不怀疑,国内法是给予个人以权利的,虽然给予这些权利的法律可以不经这些权利的主体的同意而由造法者加以修正或废止。

(c) 对私人设定义务和责任的条约。两个或两个以上国家之间缔结的使缔约各方有权或有义务对作条约所决定的某些不法行为的个人们执行裁判的条约,是直接对个人们设定了国际义务和责任的,而不问他们是否缔约国的公民。在讨论个人作为国际法主体的一节中已经提到这种条约的例子。

(d) 对私人给予权利的条约。授权私人为了保护某些利益而诉诸一个国际法庭的条约,是直接对私人给予了国际权利。在讨论个人作为国际法主体的一节中,已经提到这种条约。①

---

① 在“曹波特街口”一案中(《年摘,1933—1934年》第104号案件),但泽高级法院(1934年)判称:“可以认为,在原则上,国际协定作为国际协定是不给象原告这样的私人创造什么权利和义务的。但在一些例外情况下,按照各缔约国的意思,一项国际协定的效果可以是给私人创造一些权利和义务并给予国内法院以对他们的管辖权。情形是否如此,则决定于特定条约的目的和意义。在每一个案件中具有决定性的,是从协定的内容和适用协定的方式引伸出来的缔约各方的意思。”

(3) 条约转化为国内法。从国际条约的拘束力只涉及到缔约各方而不涉及到其臣民这项原则中，人们常引伸出这样一点：为了使国际协定的效力扩及私人，有必要把国际协定转化成为国内法。① 有些作者甚至主张，这种转化是使条约国家机关受拘束。他们争辩说，既然国际法主体是国家，条约就只能对国家本身有效。如果条约涉及到各缔约国臣民或一定机关，例如规定了各缔约国臣民或一定机关特别是各缔约国的法院应作的行为，这些国家就必须采取必要的步骤，使条约规定对其臣民和机关有拘束力。否则，条约是不能执行的。至于什么步骤是必要的，则由有关国家宪法来决定。单单在公报上公布条约，可能就够了，但是，可能还需要将条约的内容纳入立法机关所通过的一项法律之中。

上面已经指出，这种看法如果不加以一些限制，是难以成立的。每一个国际法规范，特别是每一个对一国设定一项义务的条约，都规定有某一国家机关应作的行为。国家只能通过其机关所

① 例如，在"捷克斯洛伐克农业改革(瑞士臣民)"一案中(《年摘，1925—1926 年》，第 5 号案件)，捷克斯洛伐克最高行政法院(1926 年)声称，国际条约虽然也是一种法律的渊源，却只是在各缔约国之间创造法律的。在条约规定涉及各缔约国臣民的权利义务的情形下，条约作为条约只能拘束各缔约国，要求它们将相应的规定并入其国内法，从而使条约规定在国内也有拘束力。就捷克斯洛伐克国家而言，条约的正式公布是不足以使这项义务得到履行的。为了这个目的，条约规定必须用宪法所要求的形式，作为捷克斯洛伐克立法权的规定，即作为一项法律或法令，予以颁布。在"莱茵区命令"一案中(《年摘，1925—1926 年》，第 7 号案件)，德国国家财政法院(1926 年)声称：国际法，包括国际公约在内，只有在其被转化为国内法时，才对法院和个人有拘束力。但在"厄黑洛特公司诉德国铁路公司"一案中(《年摘，1929—1930 年》，第 226 号案件)，德国最高法院(1929 年)就德国和波兰所缔结的一项条约声称：1921 年 4 月 21 日的专约是遵照凡尔赛条约的规定缔结的。因此，它已经成为德国国内法的一部分。如果该专约的某项规定从其内容、目的和文字看，是要在私法范围内产生效果，那么，该专约是可以用来作为依据的。这就不需要再有其他属于国际或国内行为的性质的措施了。

作的行为表现其存在。如果一般地说国际法和特别地说条约只使国家作为国家承担义务，而并不使具体的国家机关承担义务，那么，国际法就不使任何人承担义务了。因此，每一个条约都需要成为国内法的某种转化。但是，毫无疑问，在各国实践中，一般国际法由各国主管机关适用，许多条约由它们执行，而不需要任何这种转化，特别是规定由那个称为政府的机关——国家元首或内阁——作出国家行为的条约。例如，同盟条约和仲裁条约就是这种条约。如果一个国际法规范是由国家的政府来适用的，大多数作者就不认为有转化的必要，因为他们是把国家与其政府相等同的。那么，如果条约是由隶属于政府的行政机关来适用的——政府可以命令政府机关适用条约，也就没有什么理由认为有转化的必要，除非把政府的这种命令解释为是国际法转化为国内法。如果一项条约对一国设定一项只能用立法行为来履行的义务，那么，正好上面所指出的，这种行为并不是为了使该条约的适用成为可能的目的而使国际法转化为国内法的行为，而是主管机关对该条约的直接适用。

如果一项条约的规定由独立于缔约国政府之外的该缔约国法院来适用，而且如果宪法授权法院只适用国家立法机关所创造的法律，情形就不同了。在这种情形下，就肯定地有必要真正地将条约转化为制定法。但是，一国宪法可能包含有一项规定，按照这项规定，国家依照其宪法所缔结的条约应被认为象制定法或国家的造法机关所创造的其他法律规范一样，是对国家机关和臣民而且特别是对国家法院有拘束力的，而不需要条约经过任何公布或其他转化。

例如，美国宪法包含有这样的规定(第 6 条第 2 节)：“依据合众国的权威所缔结或将缔结的条约，都是国家的最高法律；即使与任何州宪法或法律相抵触，各州法院法官均应予以遵守。”这项规

定可以解释为，美国所缔结的每一项条约，象立法机关——议会所通过的法律一样，都是这个国家主管机关所适用的。

还可能的是：一项条约按照其本身规定，应由各缔约国机关直接适用，而不需要转化为国内法。① 然而，在这种情形下，如果条约应由法院予以适用，而且如果按照有关国家的宪法法院都只能适用国家的立法机关所创造的法律，那么，转化仍然是必要的。② 许多国家宪法都规定，一切或某些条约必须经过立法机关核准，才是有效的。这种核准并不是转化；这是立法机关参加条约的缔结，就是说，参加国际法的创造。经过立法机关核准而缔结的条约是否需要转化为制定法或行政命令，则决定于有关国家的宪法。正如上面所指出的，转化的必要是国内法问题，而不是国际法问题。

（4） 条约效力的开始和终止。国际条约所创造的规范的属地

---

① 这是国际常设法院在其第 15 号咨询意见中所承认的。

在“秘鲁的帕帕多普罗斯号诉阿姆斯特丹的荷兰王国轮船公司”一案中（《年摘，1927—1928年》，第285号案件），阿姆斯特丹上诉法院（1928年）判称：洛桑条约不仅拘束在行使自己的主权权利中各缔约国的政府，而且也直接地涉及到各缔约国臣民的权利和利益，因而该条约成为各有关国家的法律的一部分，该条约第 137 条显然倾向于认为各占领国的决定和命令肯定地具有法律效力，因而各缔约国臣民也同样地必须尊重由此造成的法律情况。参见“厄黑洛特诉德国铁路公司”一案。

② 在“福斯特诉奈尔逊”一案中（《彼得》，第 2 卷，第 314 页），美国最高法院（1829年）称：“我们的宪法宣告条约为国家的法律。因此，在任何时候，只要条约本身是可以实施而不需要借助于任何立法规定的，它在法院上就应被视为等于立法机关的法律。但是，如果条约规定的内容包含着契约的意思——如果缔约各方的任何一方是约定作一定行为的，那么，条约就是针对政治部门的，而不是针对司法部门的；在该契约能成为法院的一项规则以前，立法机关必须先执行该契约。“在”加拿大总检察长诉安达略总检察长一案中，枢密院司法委员会（《1937 年法律报告》，上诉案件，第 326 页）判称，“在不列颠帝国内有一项十分确定的规则，即缔结条约是行政行为，而如果条约义务要求改变现行国内法律，条约义务的履行就需要立法行动。”

效力范围，照例就是各缔约国的领土。属时效力范围就是条约规范的有效期间。它是关于条约效力的开始和终止的问题。

当缔约各方达成意志一致时，换句话说，当创造契约性规范的程序已经完结时，条约发生效力。条约作为一个规范，其效力的开始是与我们称为“条约”这种程序的终止相一致的。在那个时候，条约取得了拘束力。条约的拘束力表现在：缔约各方不能单方解除条约规定的义务，除非条约本身授权每一方依据条约所决定的一定条件退出条约。说这种条约是有效的，意味着缔约各方不能单方解除那些决定允许退出的条件的规范。如果允许缔约各方无条件地退出条约，那么，就没有理由认为有对缔约各方有拘束力的一项条约的存在了。

的确，一项条约可以确定其自己的生效日期。这个日期可以在缔结条约程序终结以后或以前，例如批准以后或以前的一个日期；在后一种情形下，批准是有追溯力的。但是，如果一项条约包含有这种规定，这种规定至少必须在缔结条约程序终结时发生效力；否则这种规定就不能有法律效果。

说条约已经发生效力，并不一定意味着缔约各方有立即执行条约的义务。因为，条约可能包含这样一项规定，条约由于一个条件或由于一个日期而暂不执行。一个条件是一个不确定的将来事件，其发生或不发生决定条约的执行；一个日期是一个已确定的时间，即一个确定的将来事件，其发生使条约应开始执行。即使条约是暂不执行的，条约在其已经缔结后（缔约程序已经完结后）也必须立即生效；否则条约关于暂不执行的规定就不能有法律效果。

一个约定规范的效力，或者也就是说，一项条约的拘束力，可以由于一般国际法所直接决定的一个事实而终止，例如，同样的缔约各方缔结了另一项条约；或者，由于条约本身决定的一个事实而终止，例如，条约期限届满。我们可以把使条约所创造的规范终止

效力的事实区别为不同的两类。

拘束力的终止可以是缔约一方或缔约各方以终止拘束力为目的所作的一个行为的效果，或者是由于与这种行为不同的一个事实的。就第一种终止方法而言，所适用的原则是：除条约本身另有明文规定外，条约所创造的规范在同样的缔约各方另订条约予以废除以前，是有效的。这样终止通常被称为"相互同意解除条约"。如果条约是永久性的，在法律上就不能有这种解除。例如，成立一个联邦国家的条约就是永久性条约。

但是，有另一种意见，认为永久性条约可以由缔约各方相互同意予以解除。这是可能的解释，但不是必然的解释。它是以这样一种看法为根据的，即各国即使在缔结一个特别的永久性条约以后，仍保留着缔结条约的权力（如果由条约成立一个联邦国家，情形就不是这样：联邦国家的各成员都是没有缔结条约权的）；由于缔约各方保留了这种权力，它们就可以缔结一项条约，来废止先前一项条约的永久性条款。前面所提及的解释——按照这种解释，永久性条约意味着它是规定不能以相互同意解除条约的——则是以这样一种看法为根据的，即缔约各方已经用条约放弃了适用下述规则的可能性，这项规则授权它们对于永久性条约所规定的事项缔结条约。在原则上，同样的双重解释是适用于尚未到期的有期限条约的。但是，如果在这种情形下，不可能认为缔约各方已经放弃了相互同意解除条约的可能性，那么，就不能否定这种可能性；但须按照缔约各方的可确定的意思对该条约加以解释。

正如上面所指出的，条约是可以由于一个缔约国单方退出而废止的。但是，这只有在条约决定了允许单方退出的条件的情形下才是可能的。这种条件可以是一个废约行为，也就是表示退约意思的正式声明，而且，这种声明的效果可以是立即终止条约的效力，或者只是在一定时间后终止条约的效力。即使未明文规定这

种退出的可能性，如果这种可能性是符合缔约各方的可确定的意思的，就可以认为有这种可能性。如果一项条约按照其规定是永久性的或者是旨在确立一种永久事物状态的，如和约、疆界条约、凯洛格-白里安公约、联合国宪章等，那么，就不能认为缔约各方有这种退出的可能性的意思。国际联盟盟约有一些明文规定，授权各会员国以单方行为退出国联，而这就意味着退出成立国联的条约。第 1 条第 3 款规定："凡联盟会员国，经两年前预先通告后，得退出联盟，但须于退出之时将其所有国际义务，及为本盟约所负之一切义务履行完竣。"第 26 条第 2 款规定，在盟约的修正发生效力时，不同意修正案的任何会员国可以表明不同意，在这种情形下，它"即不复为联盟会员国"。

正如上面所指出的，联合国宪章未包含一项授权会员国以单方行为退出联合国组织的规定。但是，旧金山会议的第一委员会曾经通过这样一项决议：在"例外情形"下，联合国会员国可以退出联合国组织。所举的例外情形的例子是：如果"联合国组织表现了不能维持和平或者只有在牺牲法律和正义的情形下才能维持和平；……如果宪章的修正案发生效力而该会员国不同意而且认为是其所不能接受的；如果大会或全体会议以必要的多数合法通过的一项修正案不能得到使这种修正案生效所必要的批准。"① 既然这项决议未载入宪章，它就没有法律效力。从严格的法律观点来看，联合国各会员国没有退出联合国组织的权利。

约定规范的效力可以由于一个与缔约一方或各方以终止条约的意思所作行为（即相互同意解除条约、通知）不同的事实而终止。这种事实是：

1．某一确定或不确定事件的发生，就是说，期限届满，或条约

---

① 《联合国国际组织会议》，第 1178 号文件，I/2/76(2)，第 5 页以后。

本身所规定的解除条件。

2.条约所规定的一切义务的履行，例如在割让国已经撤出被割让领土而受让国已经占领该领土后的割让条约。非法地不履行条约所规定的义务，并不使条约终止效力。如果一项双边条约规定有相互义务，就是说，如果它对缔约双方都设定义务，而如果缔约一方不履行其条约义务，他方可以在两种可能性中加以选择：履行其自己的义务并采取国际法对国际不法行为所规定的措施，或者以对方不履行为理由取消该条约。有些作者主张，只有在条约的主要规定为他方所违反时，一方才有取消条约的权利。在多边条约的情形下，一方不履行条约的规定，并不授权其他各方取消条约，而每一方仍有对所有其他各方遵守该条约的义务。条约仍是有效的，但条约各方可以作为报复而对违反条约的一方拒绝履行其在该条约下的义务。

3.条约缔结后条约的执行成为不可能的事实：例如，一国依据条约将一个岛屿割让给另一国，而这个岛屿在条约执行前因地震而消失了。如果执行的不可能终止了条约的效力，(条约的）不执行就不被认为是非法的，从而并不引起赔补的义务。

4.在双边条约的情形下，缔约双方中一方终止存在的事实。

(5)“情势变迁条款”。按照一种广泛流行的意见，条约由于重大情势变迁的影响而终止效力；或者，如这项原则通常被表述那样，是按照“情势变迁条款”而终止效力的。为了替下述一项原则作辩护，即：如果缔结条约或加入条约时的情势发生重大变更，缔约一方可以单方退出条约，或者也就是说，可以宣告其认为自己不再受该条约的拘束，有些作者主张：如果情势变迁是重大的，以致遵守条约可能损害国家本身的存在，该国就不能被认为应受该条约的拘束。国家的生存的基本权利是比其在“约定必须遵守”的规则下的义务更为重大的。他们有时提到下述的事实：这项原则是

许多国内法律秩序所承认的，这些国内法律秩序允许一个人以订立契约时的情势发生重大变更为理由而取消契约。

但是，情势变迁条款作为国内法的一部分和同样原则作为国际法的一部分，其间是有重要区别的。在国内法，有一个客观的和公正不偏的权威，来决定重大情势变迁是否发生的问题，而在一般国际法，有权决定这个问题的，却是条约的缔约各方本身。反对这种学说——即按照一项国际法规则，如果缔结条约时的情势发生重大变迁，条约就丧失效力——的最严重的论点是：一般说来，法律的作用，和特殊说来，条约的作用，正是在川流不息的情势变迁中稳定各国之间的法律关系。如果情势并不变迁，法律给予条约的拘束力就几乎是多余的。情势变迁条款是与国际法律秩序的最重要目的之一，其稳定国际关系的目的，相违反的。

事实上，很难证明情势变迁条款是实在国际法的一部分。当1870年俄国试图单方退出对俄国设定不在黑海设置舰队的义务的1856年巴黎条约时，巴黎条约的缔约各方于1871年在伦敦召开的会议上通过了下述声明："国际法的一项主要原则是：除以友好协议的方法取得缔约各方的同意外，任何国家都不能解除条约对其所设定的义务或者修改条约的规定。"这是对情势变迁条款的公开否定。一些国家曾经提到重大情势变迁来为其不遵守条约义务作辩解的为数不多的情形，勿宁可以单纯地解释为违反国际法的行为，而不是情势变迁条款作为一项实在国际法规则的证据。事事上，到现在为止，还没有一个国际法庭毫无保留地肯定这项规则的存在。①

① 国际常设法院在"上沙优依及节克斯自由区"一案的判决有时被引用为对情势变迁条款的确认。在这个案件中，法国提到该条款以使其自己摆脱一项条约义务。但是，法院并未承认该条款是一项实在国际法规则，而只宣告法国并未证明情势有重大变迁。（接下页注）

(6)战争对条约的影响。战争状态并不影响为战争而缔结的或在战争时缔结的条约（例如，规定战争行为的条约、休战条约等）。至于其他条约，意见是不一致的。许多作者主张，在只有交战国是缔约国的条约与非交战国也是缔约国的条约之间应加以区别。前一类条约的效力因战争爆发而终止；后一类条约则可能由交战国而暂时中止效力。在后一种情形下，和约可以包含对这些条约加以修改或不加修改而延续其效力的规定。

(7) 条约的修改。条约的修改是指变更条约的内容以便使条约适应已变更的情势的一种程序。国际联盟盟约第 19 条曾经试图处理这个问题："大会可随时请联盟会员国重新考虑已经不适用之条约以及考虑长此以往将危及世界和平之国际局势。"这一规定并未给国联以修改条约的权力。大会关于重新考虑条约的劝告是没有拘束力的。此外，盟约第 19 条从来未被适用。联合国宪章没有关于修改条约的明文规定。但是，第 14 条授权大会"对于其所认为足以妨害国际间公共福利或友好关系之任何情势，不论其起源如何，包括违反本宪章所载联合国的宗旨及原则而引起之情势，得建议和平调整办法。"这项规定是可以为了修改条约的目的而适用的。依据第 14 条，大会可以建议修改足以妨害公共福利和国际间友好关系的条约。大会的建议是没有拘束力的。但是，国联大会的劝告只能由一致通过的决议提出，而联合国大会的建议则只需要三分之二多数表决。

(8) 条约之间的冲突。两项条约可能彼此冲突。关于这种冲突，我们应区别两种不同情形：甲．两项冲突的条约是同样的缔约

(接上页注)在"罗特察尔德父子公司诉埃及政府"一案中（埃及混合上诉法院，1926年；《年摘，1925—1926 年》，第 14 号案件），第一审法院(1925 年)判称：国际法的情势变迁条款只适用于没有一定期限的契约和义务，而不适用于有具体地确定的有限期限的契约和义务。"

各方所缔结的；乙。两项冲突的条约的缔结各方有一部分是不同的，例如，甲国和乙国缔结了一项条约，后来甲国又和丙国缔结一项条约，使甲国承担了其依据与乙国的条约所承担义务相抵触的义务。如果两项条约是完全不同的国家所缔结的，这两项条约就不可能发生冲突。甲国和乙国所缔结的条约是不能与丙国和丁国所缔结的条约相冲突的。

（甲）同样的缔约国所缔结的相互冲突的条约。如果相互冲突的条约是同样的缔约各方所缔结的，按照一般国际法，就适用“后法废弃前法”的规则。但是，一项条约可以包含一项等于另一项原则——“前法废弃后法”原则——的规定。这样，后条约如果与前条约相抵触，就被认为是无效的或可废止的。这就是无期限条约的意义。一个特殊问题是一项多边条约和由该条约的一部分缔约国后来缔结的一项条约之间的冲突。人们可以争辩说，在后一项条约的缔约各方之间关系上，前一项条约为后一项条约所废弃；但人们也可以争辩说，只要一项多边条约还未被该条约的一切缔约国所缔结的另一个条约所废止或修正，该项多边条约的每一个缔约国都有权要求所有其他缔约国继续受该条约的拘束。

多边条约可以包含一项明文规定，禁止缔约各方彼此订立与该条约的规定不相符合的协定。这样，后一种条约的缔结就是对先前的条约义务的违反。国际联盟盟约第 20 条规定：“联盟会员国各自承认，凡彼此间所有与本盟约条文相抵触之义务或谅解均因接受本盟约而告废止，并庄严保证此后不得订立与本盟约条文相抵触之协议。”第一部分是多余的，因为按照一般国际法，先前缔结的条约是被废止的。第二部分不仅涉及到盟约各缔约国之间的条约，而且涉及到盟约各缔约国与其他国家之间的条约。1949 年 4 月 4 日的北大西洋公约第 8 条规定：“每一缔约国声明，该国与任何其他缔约国或与任何第三国家间目前有效之国际协定，并不

与本公约中之规定相抵触，同时并保证决不缔结与本公约相抵触之任何国际协定。”第一部分按照其文字只具宣示的性质。如果所宣示是正确的，它就是多余的；如果所宣示的不是正确的，它就没有什么法律效果。第二部分不仅涉及到北大西洋条约各缔约国之间所订立的条约，而且涉及到北大西洋条约各缔约国与第三国所缔结的条约；正如盟约第20条第二部分不仅涉及到国际联盟各会员国之间所订立的，而且涉及到各会员国与非会员国所订立的条约一样。这个问题将在下面加以考虑。

(乙)部分不同的缔约国所缔结的相互冲突的条约。如果甲国与丙国缔结一项条约，与甲国和乙国先前所缔结的一项条约相抵触，按照一般国际法，这两项条约都是有效的。如果甲国履行这两项条约之一，它就违反另一项条约，而承受违反条约的一切法律后果。有些国际法作者主张，缔结一项与先前一项条约相抵触的条约是一个非法行为，而且，该条约就不能有法律效果，即造法的效果。因此，后条约是根本无效的。这种理论是以“非法行为不产生权利”的原则为根据的。但是，正如上面所指出的，这项原则如果是有效的，则只有在许多例外下才是有效的，因而很难把它当作后条约无效的根据。此外，缔结一项与先前所缔结的条约相抵触的条约，只有在这项条约包含有对缔约各方设定不缔结与其相抵触的后条约的义务时，才是非法行为。这种义务是不能从成立其他义务的规定中推论而来的。而且，即使一项条约包含有一项禁止缔结与其相抵触的条约的规定，象国际联盟盟约或北大西洋公约那样，违反这项规定的也只能是包含有这项规定的条约的缔约国，而不能是作为后条约而非前条约的缔约一方的国家。对后一个国家来说，缔结后条约肯定地不是非法行为。

有时有人争辩说：两项彼此抵触的条约所以不能同时有效，是因为它们构成一个逻辑上的矛盾；在一个法律体系内，这种矛盾是

不可能的，或者也就是说，是不符合于法律所要求的统一性的。但是，部分地不同的缔约国所缔结的两项相互冲突的条约都被认为有效，并不与法律的统一性相矛盾，如果这种统一性被设想为一种逻辑统一性的话。这种冲突并不是逻辑上冲突：它并不含有在逻辑上相互矛盾的说法。因为，说两个有关条约相互冲突，这是意味着，如果甲国履行其与乙国的条约，丙国就被授权对甲国实行制裁；如果甲国履行其与丙国的条约，乙国就被授权对甲国实行制裁。这两种说法并没有逻辑上矛盾。当然，情况是不能令人满意的。的确，当1878年俄国和土耳其缔结圣斯忒法诺预备和约而与1856年巴黎条约和1871年伦敦公约相抵触时，英国提出抗议，而且这个抗议是有理由的。但是，这并不意味着，按照一般国际法，圣斯忒法诺预备和约是根本无效的。

如果一国依据一项条约承担一项义务，与其依据与第三国的先前一项条约承担的义务相抵触，那么，按照一般国际法，它可以在履行前条约而违反后条约或者履行后条约而违反前条约之间作出抉择。对条约法加以编纂和改革的公约可以规定这样一项规则，即在这种冲突的情形下，前条约的执行应优先于后条约的执行，而因后条约的不执行而受损害的一方有权取得赔补。但是，这就包含有后条约被认为有效的意思。因为，只有一项条约是有效的，该条约的不执行才是非法的；补偿的义务是以非法引起的损害为前提的。

宪章第103条规定："联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在宪章下之义务应属优先。"这项规定所指的是宪章生效前所缔结的条约以及生效后所缔结的条约；它所指的是联合国各会员国之间所缔结的条约以及会员国与非会员国之间所缔结的条约。宪章第103条与盟约第20条不同，它没有确立各会员国不缔结与宪章相抵触的条约的义务。

关于在冲突时宪章规定的义务应居优先的规定可以解释为：这些义务的履行应优先于任何其他条约规定的义务的履行。只有按照第 2 条第 6 款将宪章解释为对第三国有拘束力的条约，这项规定才能对与宪章相抵触的条约非会员国缔约国有拘束力。至于只有会员国是缔约国的条约，第 103 条是多余的。这种条约如果订立在宪章之前，就为宪章所废止，如果订立在宪章之后，则是无效的或可废止的，因为它们企图修改宪章，而宪章的修正只有按照第 108 条和 109 条制定出来，才是有效的。

5. 国际机构的决定

除条约和习惯外，国际机构的决定，特别是国际法庭的判决，是国际法的渊源。一般国际法并未设立这种机构。它让各国自己来适用对国家设定义务和给予权利的规范。正是在这方面证明了一般国际法是一种十分分散化的法律秩序。集中化、即成立特殊机关以适用国际法，只有通过条约才是可能的。

这样一个国际机构，在其把习惯或约定国际法的一个原有的一般规范适用于一个具体案件时，可能创造了一个个别的国际法规范。但是，一项条约所成立的一个特殊机关也可以有权创造对该条约的缔约各方有拘束力的一般法律规范。一项条约所成立的机构就是该条约所构成的国际共同体的机关，而缔约各方就是这个共同体的成员。有权创造一般法律规范的机关可以由成立该机关的所有缔约国的代表组成，或者说，由该条约所构成的共同体全体成员组成。它可能有权以一致通过的决议或多数表决的决议来创造一般法律规范，从而使这样创造出来的规范对投票反对这些规范的国家也有拘束力。由成立国际机关的条约全体缔约国的代表组成的机关所一致通过的一般规范，与受一个规范拘束的各国所订立的条约所创造的规范，是没有什么不同的。但是，如果规范

是一个机关多数表决通过的，而该机关是由成立该机关的条约全体缔约国的代表组成的，特别是如果该机关只是由该条约的一些缔约国的代表组成的，该规范的创造就取得了立法的性质。

一个国际共同体可以有一些具有这种立法权的中央机关。在联合国宪章下，大会及安全理事会就有一种有限制的立法权。但是，如果组织的集中化，特别是创造对各成员国有拘束力的法律规范的权力的集中化，超过了某种限度，国际共同体就转化为国内共同体，即国家，而中央机关所创造的法律就不是国际法，它就取得了国内法的性质。邦联转化为联邦国家就是一个例子。

国际机构所创造的法律，特别是条约所成立的国际法庭的判决所创造的法律，是从这些条约得到其效力的，而这些条约则是从一个习惯国际法规范——“约定必须遵守”——得到其效力的。习惯国际法规范代表着国际法律秩序的阶梯结构中的最高层。正如上面所指出的，习惯国际法的根据，即其效力理由，是一个基本假定，即一个被称为基础规范的法律假设；这个假定是：各国实践所确立的国际习惯是一个造法事实。它就是国际关系的法学解释所假定的规范，即各国应当按照各国实践所成立的习惯作行为。

第二节　国际法的适用

1. 通过协议解决国际争端

国际机构是为了和平解决各国之间的争端而特别设立的。如果一国主张另一国应按照某种方式作行为而后者拒绝前者的主张，这就有了争端。国际争端可以由争端各当事国的协议取得解决，或由对各当事国有约束力的国际机关的决定加以解决。

协议可以经由各当事国的直接谈判，或由一个或几个第三国

的友好干预——称为斡旋或调停——而达成。两种程序的目的都是使争端各当事国达成协议。如果一个第三国(或几个第三国)试图使争端各当事国在调停者所提出的具体建议的基础上达成协议,有些作者就说是调停,以别于斡旋。在这两种情形下,对争端各当事国提出的建议都是没有约束力的。依据1907年海牙和平解决国际争端公约,缔约各方承担义务,如果发生争端,于诉诸武力前,"在情况许可范围内,请一个或几个友好国家斡旋或调停"(第2条)。第3条规定:"处于争端之外的国家有权甚至在战争进行中提出斡旋或调停。这项权利的行使不得为争端各当事国的任何一国视为不友好行为。"

如果争端是由对事实问题的意见分歧引起的,它可以提交争端各当事国之间的特别协定设立的国际调查委员会。调查委员会的职能限于说明事实。争端各当事国可以接受或不接受这种说明。海牙和平解决国际争端公约第35条规定有一个国际调查委员会,并订有该委员会的程序细则,该条规定:"委员会的报告以说明事实为限,并不具有仲裁裁决的性质。各当事国有给予该说明以任何效力的完全自由。"

如果委员会不仅有权确定有争执的事实而且有权提出解决争端的建议,人们就说是和解。关于和解委员会的组成,1921年12月3日德国和瑞士在伯尔尼签订的条约第14条的规定是典型的:"缔约各方应各自任命一名委员,并经相互协议提出其他3名委员。这3名委员不应为缔约各方的国民,也不应居住在缔约各方领土上或为缔约各方服务。缔约各方应经相互协议从这3名委员中选出主席。"只有在各当事国接受了委员会的建议——这意味着它们达成了协议,争端才算是解决了。

2. 由国际联盟和联合国的机构解决国际争端

1. 行政院。按照国际联盟盟约第 12 条和第 15 条，各会员国有将其争端提交国际法庭或行政院的义务。提交国际法庭是以争端当事国双方取得协议为前提的。如果不能达成将案件提交法庭的协议，当事国每一方都有权将案件提交行政院，而且，如果一方将案件提交行政院，他方就有承认行政院的管辖权的义务。盟约第 15 条第 1 款规定："联盟会员国约定，如联盟会员国间发生足以决裂之争议而未照第 13 条规定提交仲裁或司法解决者，应将该案提交行政院；为此目的，各方中任何一方可将争端通知秘书长，秘书长应采取一切措施，以便详细调查及研究。"

行政院应该首先使各当事国取得协议，"尽力使此项争议得以解决"。但是，如果争端不能这样解决，行政院则被授权向各当事国提出建议以解决争端。但是，只有争端各当事国以外的行政院理事国一致同意的建议才使行政院的建议有法律效果。这种效果是：禁止对遵从建议的当事国从事战争。第 15 条第 6 款规定："如行政院报告书除争执之一方或一方以上之代表外，该院理事一致赞成，则联盟会员国约定彼此不得向遵从报告书建议之任何一方从事战争。"按照这项规定的文字，并不排除对不遵从建议的国家从事战争。如果各当事国中任何一国不遵从行政院的建议，也就不排除战争了。如果行政院不能达成一致同意的建议，战争是盟约所明文允许的。第 15 条第 7 款规定如下："如行政院除争执之一方或一方以上之代表外，不能使该院理事一致赞成其报告书，则联盟会员国保留权利施行认为维持正义与公道所必需之行动。"

甚至还有第三种情形，盟约约文也没有明文排除战争。第 15 条第 8 款规定："如争执各方任何一方对于争议自行声明并为行政院所承认，按诸国际公法纯属该方国内管辖之事件，则行政院应据

情报告，而不作解决该争议之建议。”

按照盟约约文，是在未明文许可战争的一切情形下（第15条第7款）都禁止战争，还是只在明文禁止战争的情形下（第15条第6款）才禁止战争，这是有疑问的。

第15条第9款授权行政院将提交其争端移送大会。行政院经争端各当事国中任何一国的情求，应将争端移交大会，但这项请求应于争端送交行政院后14日内提出。

2．安全理事会。联合国宪章第1条第1项规定：“联合国之宗旨为……以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。”由于武力的使用在原则上是保留给联合国组织的，因而各会员国就有以和平方法解决其冲突的义务。第2条第3款规定：“各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。”

这项义务在宪章第6章上有具体的规定，该章的标题是“争端之和平解决”，但该章也规定调整不具有争端的性质的情势。

第33条第1项规定：“任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平及安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。”

如果各当事国不能以其自行选择的和平方法解决其争端，就适用第37条：“一、属于第33条所指之性质之争端，当事国如未能依该条所示方法解决时，应将该项争端提交安全理事会。二、安全理事会如认为该项争端之继续存在，在事实上足以危及国际和平与安全之维持时，应决定是否当依第36条〔即建议适当的调整程序或方法〕采取行动或建议其所认为适当之解决条件。”

虽然按照第37条第1项的文字，各当事国应将争端提交安全理事会（这可以解释为双方必须同意将争端提交安全理事会），但

是，那些起草这项规定的人们的意思却是，各当事国中每一国都应有权将争端提交安全理事会。如果争端被这样提交到安全理事会，安全理事会首先要断定，该争端是否在事实上足以危及国际和平与安全的维持。安全理事会可以依据第 34 条对争端进行调查，从而作出断定。如果其调查结果是，它认为争端的继续存在危及和平，安全理事会可以在两种步骤中加以选择：它可以提出关于适当的调整程序或方法的建议，这就是说，它可以向各当事国建议用第 33 条所载的方法中一种方法来解决其争端；或者，安全理事会可以提出解决条件的建议。在这两种情形下，安理会都只能提出建议，而对争端各当事国是没有法律上约束力的。但是，各当事国中任何一方都不得对他方强制实行其要求。如果各当事国都不接受安全理事会的建议，争端就没有解决。但是依据第 39 条，安全理事会可以断定，对其建议的不接受构成了对和平的威胁或和平之破坏，然后，安全理事会可以采取强制行动以便维持或恢复和平，这就是说，安全理事会可以强制执行其建议。在这种情形下，安全理事会的建议对各当事国是有拘束力的；这就意味着，它就不是一个单纯“建议”了。

一项争端也可以依据第 38 条提交安全理事会；该条约规定：“安全理事会如经所有争端当事国之请求，得向各当事国作成建议，以求争端之和平解决，但以不妨碍第 33 条至 37 条之规定为限。”“所有争端”这几个字必须解释为：第 38 条所指的是 33 条第一项所未提及的争端，即其继续存在足以危及国际和平与安全的维持的争端。如果一项争端是足以危及国际和平与安全的维持的，各当事国就有义务在提交安全理事之前以其自行选择的和平方法求得解决。只有在争端不属这种性质时，各当事国才可以同意将该争端直接提交安全理事会，而在这种情形下，安全理事会就被授权建议解决的条件。

不仅争端各当事国，而且安全理事会本身，可以将一项争端提交安全理事会。第 34 条规定："安全理事会得调查任何争端或可能引起国际磨擦或惹起争端之任何情势，以断定该项争端或情势之继续存在是否足以危及国际和平与安全之维持。"

如果由于依据第 34 条进行调查的结果，安全理事会断定该争端或情势的继续存在是足以危及国际和平与安全的维持的，安全理事会可以适用第 33 条第 2 项；该款规定："安全理事会认为必要时，应促请各当事国以此项方法〔即第 33 条第 1 项所指明的各种方法〕，解决其争端。"

虽然这项规定是在关于调查的第 34 条之前的，安全理事会只在适用了第 34 条之后，才能适用第 33 条第 2 项。因为，按照第 33 条第 2 项的"促请"所涉及的只是第 33 条第 1 项所决定的争端，就是说，只是其"继续存在足以危及国际和平与安全之维持"的争端；而且，为了断定一项争端是足以危及国际和平与安全的维持的争端，就有必要依据第 34 条进行调查。

第 34 条所涉及的不仅是争端的解决，而且是其他情势的调整。上面已经指出，如果一国对另一国提出一项主张而另一国拒绝这项主张，两国之间就有了争端。不具有争端性质的情势可能危及国际和平与安全；它甚至可能构成和平的破坏。例如，一国的内战可能是危及国际和平的一种情势，而不是两国之间的争端；或者，一国对另一国的侵略行为构成和平的破坏，而在这之前，有关国家之间并没有争端。

如果由于依据第 34 条进行调整的结果，安全理事会断定该争端或情势是足以危及国际和平与安全的维持的；安全理事会可以不适用第 33 条第 2 项(促请各当事国以其自行选择的方法解决其争端)，而适用第 36 条，该条规定如下："一、属于第 33 条所指之性质之争端或相似之情势，安全理事会在任何阶段，得建议适当程序

或调整方法。二、安全理事会对于当事国为解决争端业经采取之任何程序，理应予以考虑。三、安全理事会按照本条作成建议时，同时理应注意凡具有法律性质之争端，在原则上，理应由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院。"

按照该条第1项，安全理事会只被授权"建议适当程序或调整方法"，就是说，建议第33条第1项所指明的和平解决方法之一；安全理事会不被授权建议"解决条件"。安全理事会只在争端（不是情势）已由争端当事国依据第37条或第38条提交安全理事会的情形下，或者如果安全理事会已经依据第39条断定了对和平的威协或破坏的存在，才被授权建议"解决条件"——按照第6章的文字。适当的程序或方法的建议，一方面应与解决条件的建议，另一方面应与促请各当事国以第33条所规定的和平方法解决其争端，明显地加以区别。促请当事国以和平方法解决争端，应解释为一般地提醒各当事国注意第33条第1项对其所确立的义务。建议适当的调整程序或方法意味着建议一定的程序或方法，例如和解或仲裁。因此有了第36条第2项的规定，即安全理事会对于各当事国为解决争端业经采取的任何程序，应该予以考虑。

第36条所提到法律争端和非法律（即政治）争端之间的区别将在另一地方加以讨论。各当事国在原则上应将法律争端提交国际法院，这并不是一项严格的义务。它只是宪章所作的一个提议。将争端提交国际法院，只有在所有争端当事国达成的自愿协议的基础上，才是可能的。

一项争端或一种情势也可以由联合国任何会员，甚至由非会员国，提交安全理事会。在这方面，第35条规定："一、联合国任何会员国得将属于第34条所指之性质之任何争端或情势，提请安全理事会或大会注意。二、非联合国会员国之国家如为任何争端之当事国时，经预先声明就该争端而言接受本宪章所规定和平解决之

义务后，得将该争端，提请大会或安全理事会注意。三、大会关于按照本条所提请注意事项之进行步骤，应遵守第11条及第12条之规定。”

依据第35条，会员国不仅可以将一项争端且可以将其继续存在足以危及和平的任何其他情势提交安全理事会或大会；非会员国则只在其是争端当事国时才能提交。如果争端或情势已经依据第35条提交安全理事会，安全理事会依据第34条可以调查或不调查该争端或情势，并在已经调查该事项后适用第36条，就是说，建议适当的调整程序或方法(不是解决条件)。

一项争端或危及和平的任何其他情势也可以由秘书长提交安全理事会。第99条规定：“秘书长得将其所认为威胁国际和平及安全之任何事项，提请安全理事会注意。”

当秘书长已经依据第99条将争端或其他情势提请安全理事会注意时，安全理事会可以进行或不进行第34条所规定的调查；在已经调查该争端或情势后，安全理事会可以适用第36条。

最后，对一项争端或其他情势可以由大会提交安全理事会。第11条第3项规定：“大会对于足以危及国际和平及安全之情势，得提请安全理事会注意。”“情势”一词可以解释为包括争端在内。如果大会所讨论的一项争端或情势是属于需要采取行动的性质的，大会就有义务将该争端或其他情势提交安全理事会。这是第11条第2项所规定的。

安全理事会考虑中的争端的各当事国可能是联合国会员国或非会员国；它们可能是或不是安全理事会理事国。在这方面，第32条规定：“联合国会员国而非安全理事会之理事国，或非联合国会员国之国家，如于安全理事会考虑中之争端为当事国者，应被邀参加关于该项争端之讨论，但无投票权。安全理事会应规定其所认为公平之条件，以便非联合国会员国之国家参加。”关于安全理事

会的投票程序，第 27 条第 3 项规定，对于依据第六章作出的决议（和依据第 52 条第 3 项作出的决议，就是说，安全理事会将地方争端、即区域组织各成员国之间的争端提交区域机构的决议），为争端当事国的安全理事会理事国“不得投票”。这项规定不适用于不具有争端性质的情势的决议。

对于争端的解决和其他情势的调整，安全理事会和大会有共有管辖权。第 10 条授权大会讨论宪章范围内的任何问题或任何事项，并向联合国各会员国或安全理事会或兼向两者提出对任何这种问题或事项的建议。这些问题或事项可能是争端或足以危及国际和平与安全的其他情势。第 11 条第 2 项授权大会“讨论联合国任何会员国或安全理事会或非联合国会员国依第35条第 2 项之规定向大会所提关于维持国际和平及安全之任何问题；……”大会有权“向会员国或安全理事会或兼向两者提出对于各该项问题之建议。”所谓“问题”，可以理解为争端或情势。为了避免大会所作建议和安理会所作建议之间的冲突，第 12 条规定：“当安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本宪章所授于该会之职务时”，大会对于该争端或情势，不得提出建议。大会关于解决争端和调整情势的管辖权也在第 14 条中提及，该条规定：“大会对于其认为足以妨害国际间公共福利或友好关系之任何情势，不论其起源为何，……得建议和平调整办法，……”应该注意到，宪章并没有类似第 32 条授权各非会员国的争端当事国参加大会讨论该争端的规定，也没有类似第 27 条第 3 项不许争端各当事国在大会中投票的规定。

3. 由国际法庭解决国际争端

1. 仲裁和司法解决。与由各当事国间直接谈判或由斡旋、调停、调查委员会、和解委员会或国际联盟或联合国机构的建议使

各当事国取得协议从而解决争端的情形完全不同的，是由一个国际机构的决定来解决争端。

如果各国将一项争端提交一个国际机构去决定，它们就有执行该决定的义务，即使它们不同意该决定。国际机构可以具有或不具有法庭的性质。一个国际机构，即一项国际协定所创造的一个机构，是一个法庭，(1)如果该机构成员是法官，(2)如果该机构有权适用国际法来解决国际争端，(3)在该机构是一个集体机关的情形下，如果它有权以多数表决来解决争端。

被任命解决争端的一个人或一些人是真正意义的法官，如果他们是独立的，特别是独立于任命他们的政府的。这就意味着，对于法庭作出的决定，法官在法律上是不受训令拘束的。如果他们是独立的，他们就不是任命他们的国家的代表。如果他们在法律上受关于其决定内容的训令的拘束，从而在法律上不是独立的，他们就是任命国的代表，即任命国的代理人，而不是法官。如果国际机构有权适用实在国际法以外的其他原则来解决争端，而且——在该机构是一个集体机关的情形下——不是以多数表决而是以一致表决来解决争端，它就通常不被称为法庭。但是，用语并不是很一致的。一个有权由多数表决来解决冲突的国际机构可以被称为法庭，甚至为法院，然而它可能被授权适用——在某些情形下——实在法原则以外的其他原则。例如，如果当事国同意，国际法院可以"按照公允及善良原则"判决案件(国际法院规约第38条)。

法庭可能只有一个人，或者可能是一个集体机关。争端各当事国可以以协议授权第三国元首、其外交部长、其最高法院院长或任何其他人，作出对各当事国有拘束力的决定以解决争端。如果法庭是一个集体机关，它通常由单数的法官组成。国际法庭组成的一个典型例子是海牙和平解决国际争端公约第45条所建议的法庭：每方任命两个成员，其中只有一人为其国民。这些成员共同

选出第5个成员。

由国际法庭的决定来解决争端，通常被称为仲裁；为此目的而订立的协定被称为仲裁条约。这种条约可能是在争端已经发生后并且只是为解决该争端而缔结的，它可能是就将来发生的争端，为了解决某一类争端或者缔约各方之间可能发生的一切争端而缔结的。依据条约，缔约各方可能只承担在发生争端时设立一个法庭并把将来可能发生的争端提交这个法庭的义务；或者它们可能立即设立一个法庭并且约定把将来可能发生的争端提交该法庭。

如果法庭有权不仅判决在法庭成立前已经发生的一项争端，而且判决在其成立后可能发生的为数不定的争端，该法庭就有一点永久的性质。这种永久的国际法庭可能不是现有或将来争端的各当事国之间缔结的一项条约所设立的，而是许多国家所设立的，其意在于使缔约各方都有机会在每项争端发生时依据争端当事国所缔约的特别协定将其争端提交该法庭；而法庭成员可能是由该法庭作为一个机构所属的国际共同体的另一个机关任命的。国际常设法院就是这种永久法庭；它是1920年12月16日在日内瓦签订的签字议定书所设立的，现在则为联合国宪章所设立的国际法院所代替。

人们通常所说的司法解决争端，是与仲裁相区别的，目的是把上述两个法院的判决和其他国际法庭的判决区别开来(例如，盟约第12条和宪章第33条)。但是，仲裁和争端的司法解决的区别并不涉及到这两个法院和其他国际法庭的职能，而涉及的是其组织。国际常设法院法官是由国际联盟大会和行政院选出的，国际法院法官是由联合国大会和安全理事会选出的，而其他国际法庭——所谓仲裁法庭——的成员一部分是直接地，另一部分是间接地，由各法庭所要解决的争端的各当事国任命的。

国际法庭的管辖权是由设定该法庭的条约决定的。常设法庭

可能有强制管辖权。如果设立法庭的条约对缔约各方设定义务，使其在每一个涉及它们的案件上都承认法庭的管辖权，而不论该案件是缔约一方或法庭作为一个机关所属的国际共同体的另一个机构向法院提出的，或者是按照条约所决定的任何其他方式向法庭提出的，法院就有了强制管辖权。依据一般国际法，任何国家都没有义务将其与另一国的争端提交国际法庭。这样提交，需要争端各当事国取得协议。①

至于一个国际法庭所适用的规范，该法庭在解决争端时所应适用的是现行习惯和约定国际法，除非设立该法庭的条约规定该法庭应适用其他规范，如公平或正义原则等。

2. 法律争端与政治争端。按照一种流行的意见，现行国际法并不适用于国家之间可能发生的一切争端，因为有一些争端按照其本身性质不是对争端适用现行国际法的国际法庭的判决所能解决的。在仲裁条约中，这种争端常被排除于这些条约所设立的国际法庭的管辖权之外；这种争端就是涉及争端一方的重大利益、独立或荣誉的争端。把某类争端排除于国际法庭管辖权之外的各国实践是以这样一种学说为依据的，按照这种学说，法律争端与政治争端之间有本质上的区别；与这种区别密切联系在一起的，是可裁判与不可裁判的争端之间的区别。

有一种流行的意见认为，只有法律争端是可裁判的，因而是适宜于提交仲裁或司法解决的，而政治争端则只能使用武力或由各当事国直接谈判或其他方法，特别是和解所达成的协议来解决。有

① 在"东加里利亚"一案的咨询意见中（《国际常设法院出版物，乙集，第5号，第27页），国际常设法院（1923年）声称："国际法上十分确定的是，任何国家未经其同意不能被迫将其与他国的争端提交调停或仲裁或任何其他和平解决方法。这种同意可以用自由承担义务的形式一次表示出来，但是，相反地，它也可以在任何现有义务以外在一个特别案件上表示出来。"

一些条约规定，缔约各方承担义务将法律争端提交仲裁或司法解决，而政治争端则提交和解，例如，1921年12月3日德国和瑞士在伯尔尼签订的和解与仲裁条约，和所谓洛迦诺条约，即1925年12月1日德国为一方与比利时、捷克斯洛伐克、法国和波兰为另一方在伦敦签订的和解与仲裁各条约。但是，也有一些条约规定，政治争端如果经过和解而未能导致各当事国的协议，就应交付仲裁或司法解决，按照实在国际法原则以外的原则予以判决，例如，1925年11月2日挪威与瑞典在奥斯陆签订的条约也规定，法律争端应提交国际常设法院，而其他争端倘若曾事先提交和解，则应提交仲裁，按照法律和公平原则予以解决，或如，1926年4月30日比利时与瑞典在布鲁塞尔签订的条约规定：一切法律争端应提交国际常设法院，其他争端则提交和解；而如果和解未导致各当事国的协议，则提交仲裁法庭，依据"公允及善良原则"予以解决。联合国宪章规定以谈判、调查、调停、和解或安全理事会或大会的建议所达成的各当事国协议来解决争端，但第36条第3项规定："……凡具有法律性质之争端，在原则上，理应由当事国……提交国际法院"，而不排除把这种争端提交另一种国际法庭的可能性(第95条)。

一项争端的法律性或政治性，并不象传统学说似乎所认为的那样，取决于该争端本身的性质，就是说，并不取决于争端所涉及的事项，而是取决于解决争端时所适用的规范的性质。一项争端是法律争端，如果它是以适用法律规范即适用现行法律加以解决的。它是政治——这就意味着非法律——争端，如果它是以适用其他规范，如公平、正义的原则等，加以解决的。依据一般国际法，各国有遵照现行国际法解决其争端的义务，但是，它们并没有将其争端提交国际机构决定的义务。它们可以将争端提交或不提交一个机构；如果它们提交，它们就可以自由决定该机构适用什么规范

——现行国际法规范或其他规范。如果争端是适用现行国际法规范以外的规范来解决的，因而被称为政治争端，那么，就应该看到，法律争端和政治争端之间的区别只是相对的区别。如果一项争端是根据一项条约由被授权适用正义、公平等规范来解决争端的一个机构，特别是一个法庭，加以解决的，该法庭的判决就构成个别的法律规范，而争端各当事国就有在法律上遵守该规范的义务。在这种情形下，法律争端和政治争端之间的区别只是依据原有国际法来解决的争端与依据该法庭为了解决这项争端而创造的国际法来解决的争端之间的区别。

对法律争端通常所下的定义就是上面已经提到的所谓洛迦诺条约所采用的定义。在这些条约的第1条中，法律的争端被界说为“关于双方权利发生冲突的一切纠纷”。这个公式不是十分令人满意的，因为它只提到“权利”，而“权利”可以是或者不是“法律”权利；而且，特别是因为它没有提到法律义务，而首先涉及的却是法律义务。只有他国有一项相应的义务，一国才有一项权利；只有一国主张有一项权利而他国否认承担一项相应的义务，两国之间才有争端。一项争端是法律争端，这是决定于各当事国的态度的，即当事国一方是否引证现行国际法来为其权利主张作辩解而他方是否引证现行国际法来否定这项主张。

如果一项争端——任何一种争端——的各当事国不同意这项争端应适用现行国际法予以解决，这项争端就不可能由一个国际法庭适用现行国际法来解决。但是，这并不意味着现行国际法就完全不适用于该争端。它肯定是适用的；而且，如果各当事国不同意适用现行国际法规范以外的规范，它们就有适用现行国际法的义务。如果认为政治争端不是可裁判的争端的说法只意味着，这种争端不能由国际法庭判决来解决，那么，任何一项争端都不是可裁判的，如果各当事国不同意将争端提交一个有权按照现行国际法来

解决的法庭的话。但是，如果认为一项争端不是可裁判的争端的说法意味着，由于争端本身性质，现行国际法是不能适用于它的，那么，就没有什么争端是不可裁判的了。只有两种可能性：现行国际法对作为被告的争端一方设定了按照作为原告的另一方的主张作为的义务；这样，法庭在适用国际法时，就应对该案作出原告胜诉的判决。或者，现行国际法并没有对被告设定象原告所主张那样作行为的义务；这样，法庭在适用现行国际法时，就应对该案作出被告胜诉的判决，就是说，否定原告的主张。法律所未禁止的，就是法律所允许的。如果一国并没有按照某种方式作行为的义务，它在法律上就有任意作行为的自由。

因此，并没有什么争端按其本身性质是不可能由适用现行国际法的判决加以解决的。但是，无论从这一个或另一个观点来看，现行国际法的适用可能都被认为是不能令人满意的。这可以是不将争端提交国际法庭的理由，但这不能成为在各当事国自己解决争端时不适用现行国际法的理由，除非它们之间有一项协议，适用其他规范来解决争端。

此外，现行国际法的适用不能令人满意的说法是一种十分主观的、道德与政治上的价值判断，是对任何法律秩序的任何法律规范都可以提出的价值判断。通常，对一项利益冲突适用现行法律，总是使一方满意而为另一方所不满意的。而且，即使人们承认现行国际法从客观的观点来看是在许多方面不能令人满意的，但是，国际法这种缺陷决不是可裁判和不可裁判争端之间的区别所依据的下述一种看法的辩解理由：有一些国之间的冲突按照本身性质是不能适用现行国际法来解决的。

这种看法是与上面曾经讨论过的法律有罅隙的学说有密切联系的。在这方面，最具有特征的是国际联盟第9届大会于1928年9月26日通过的和平解决国际争端的总议定书，它规定：法律争

端应提交仲裁或司法解决，而其他争端倘若经过和解而未导致各当事国的协议，则应提交一个仲裁法庭，该法庭应适用国际常设法院规约第38条所列举的规则——这就意味着现行法律的规则。但是，该总议定书又规定："如无可适用于该项争端的规则，法庭应依公允与善良之原则判决。"该总议定书的前提假定是：有些案件是不能适用现行法律的，因为现行法律并不包含一项涉及该案的规则，换句话说，法律是有罅隙的。①

但是，如果承认法律所未禁止的就是法律所允许的这项原则，那么，所谓法律的罅隙就不构成适用法律的逻辑上不可能，而只表明现行法律在道德与政治上有不足之处。这种缺点的原因可能不仅在于现行法律没有确立一项被认为适宜的义务，或者确立了一项被认为过于狭窄的义务，而且在于现行法律确立了一项从法律的道德和政治估价的观点来看被认为不适宜的或是过于广泛的义务。但是，传统学说却并非一贯如此，它认为只在第一种情形下法律是有罅隙的。然而，在这两种情形下，现行法律在逻辑上都是适用的；现行法律的不适用不能以案件的性质为辩解理由，就是说，不能把案件看作按照本身性质是不可裁判的。

认为一项争端属于法律性质，因而属于可裁判性，决定于该争端所涉及的事项的错误 看法使国 际联盟盟约第13条下了这样一个定义："(一)联盟会员国约定，无论何时，凡联盟会员国间发生

① 联合国大会199次全体会议于1949年4月28日通过的第268(Ⅲ)号决议("关于恢复1928年9月26日总议定书的原有效力")，训令秘书长"拟具一般议定书之修订条文"，包括该决议所提及的某些修正案，"称之为和平解决国际争端之修订一般议定书，并任各国参加。"该决议中所提及的修正案"将只在已接受经此种修正后之一般议定书之各国间适用，是以参与于1928年9月26日签订之议定书之各国，如拟就该议定书尚可适用之范围内要求援用时，其权利当不受此各项修正案之影响。"上述的总议定书规定的修正只限于将"国际常设法院"改为"国际法院"。

争端，认为适于仲裁或法律裁判，而不能用外交方法圆满解决者，应将该问题完全提交仲裁或法律裁判。（二）兹声明：举凡争端关于一条约之解释，或国际法中任何问题，或因某项事实之如其成立足以破坏国际义务，并由此种破坏，应议补偿之范围及性质者，此类争端应置于适用提交仲裁或法律裁判之列。"这个公式为国际常设法院规约和国际法院规约所接受。后一规约在第36条第2项中提到"法律争端"，并列举关于盟约的第13条第2款所载明事项的争端为法律争端。

这种列举，在逻辑上，是很有问题的，因为所列举事项之一，"国际法之任何问题"，包括了其他3个事项。此外，如果争端各当事国同意将一项争端提交国际法院或另一个有权按照现行国际法解决该争端的国际法庭，那么，不论该争端的问题是什么，该争端就是一项法律争端；而如果它们不同意该争端按照现行国际法予以判决，那么，即使该争端涉及条约的解释或补偿问题，它就不是一项法律争端。而且，如果各当事国将争端提交国际法院，但约定法院应按照规约第38条第2项的规定依"公允及善良"原则判决该案件，该争端就不是一项法律争端，既不是通常定义的意义之内的法律争端，也不是本书所提的定义的意义之内的法律争端。

3. 由国际法院解决国际争端。（1）常设仲裁法院和国际常设法院。第一次尝试设立一个永久性国际法庭的，是海牙和平解决国际争端公约。按照1899年原公约第20条，缔约各方担任"设立常设仲裁法院，该法院随时受理案件，除各当事国另有规定外，按照本公约所定之程序规则办事。"依据1907年公约第41条，缔约各方约定维持这个法院。按照1907年公约第44条，"每一缔约国至多选定4名公认精通国际法问题、享有最高道德声誉、愿担任仲裁员职务的人。这样选定的人作为常设法院仲裁员在一项名单上列出，这项名单应由事务局通知所有缔约国。……常设法院仲裁

员任期 6 年，连选得连任。”第 45 条规定：“当缔约国提请常设法院解决它们之间发生的争议时，被请组成对此项争议有裁决权的法庭的仲裁员，必须由常设法院仲裁员总名单中选出。如果各当事国对仲裁法庭的组成不能直接达成协议，应遵循下述程序：每一当事国任命两名仲裁员，其中只有一名得为该国国民或选自该国所选定作为常设法院仲裁员的人。这些仲裁员共同选出一名总仲裁员。”所谓常设仲裁法院不过是一个人员名单，从这名单中可以选出组成一个仲裁法庭的法官。该公约的目的，如第 41 条所明文说明的，是便于将国际争议立即提交仲裁，而不是直接设立一个实际工作的法庭①。

国际联盟盟约设立了一个实际工作的法庭；在盟约的基础上，1920 年 12 月 16 日的一项特别条约，即所谓国际常设法院签字议定书，设立了这样一个法庭。盟约第 14 条授权行政院“制定设立国际常设法院之计划，交联盟各会员国采用。”由行政院任命的法学家咨询委员会所拟具的法院规约草案于 1920 年 12 月 13 日经国联大会决议核准。这项决议规定：该规约“应尽速提交国际联盟各会员国以正式批准并正式声明承认本规约的议定书的形式予以采

① 1907 年 12 月 20 日，哥斯达黎加、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜和萨尔瓦多 5 个中美国家，在华盛顿签订了一项设立中美法院的公约。该法院由 5 名法官组成，每一缔约国各任命一名(第 6 条)。该公约对缔约各方设定义务，将“它们之间可能发生的不论属于什么性质和不论它们的来源是什么的一切纠纷和问题，在各外交部不能取得谅解的情形下”提交该法院(第 1 条)，该法院“也应受理一个中美国家的个人可能由于条约或协约被违反而对任何其他缔约国政府提出的问题，以及其他属于国际性质的案件，不论其本国政府是否支持该项要求；但以各该国法律对这种违反行为所规定的救济方法已经用尽或者已经表现有司法拒绝的情形为限”(第 2 条)。该法院的设立以十年为期(第 27 条)。在 1918 年期限届满后，该法院便停止存在了。参见《美国国际法学报》(1908 年)，第 2 卷，附录，第 231 页以下。

纳。……该规约也应公开于盟约附件所列各国签字。”(这个附件列有被认为国联创始会员国的国家和被邀请加入盟约的国家)。在这个基础上成立的常设法院并不是国际联盟的机构，而是1920年12月16日议定书所构成的与国联不同的一个共同体的机构。这个共同体成员并不都是国联会员国，而国联全体会员国也并非都是这个共同体的成员。

(2)国际法院。国际常设法院为联合国的一个机构——为国际法院所代替。这个法院规约与国际常设法院规约几乎完全相同，是联合国宪章的组成部分。新规约的主要规定如下：

(a)法院的组织。“法院以独立法官若干人组织之。此项法官应不论国籍，就品格高尚并在本国具有最高司法职位之任命资格或公认为国际法之法学家中选举之，”(第2条)。“法院以法官15人组织之，其中不得有2人为同一国家之国民”(第3条第1项)。“法院法官应由大会及安全理事会……就常设公断法院各国团体所提出之名单内选举之”(第4条第1项)。“各国团体”是由海牙和平解决国际争端公约各缔约国按照公约第44条选定的人(至多为4人)组成的。“在常设公断法院并无代表之联合国会员国，其候选人名单应由各该国政府专为此事而委派之团体提出；此项各国团体之委派，准用1907年海牙和平解决国际纷争条约第44条规定委派常设公断法院公断员之条件”(第4条第2项)。每一各国“团体所提人数不得超过4人，其中属其本国国籍者不得超过2人。在任何情形下，每一团体所提候选人之人数不得超过应占席数之一倍”(第5条第2项)。“各国团体在提出上项人员以前，宜咨询本国最高法院、大学法学院、法律学校、专研究法律之国家研究院及国际研究院在各国所设之各分院”(第6条)。“秘书长应依字母次序，编就上项所提人员之名单”，并“将前项名单提交大会及安全理事会”(第7条)。“大会及安全理事会各应独立举行法院法官之选

举"(第8条),"每次选举时,选举人不独应注意被选人必须各具必要资格,并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系"(第9条)"候选人在大会及安全理事会得绝对多数票者应认为当选"(第10条第1项)。"法官任期9年,并得连选,但第一次选举选出之法官中,5人任期应为3年,另5人为6年"(第13条第1项)。"法院应选举院长及副院长,其任期各3年,并得连选"(第21条第1项)。"法院设在海牙,但法院如认合宜时,得在他处开庭及行使职务"(第22条第1项)。"法院除司法假期外,应常时办公。司法假期之日期及期间由法院定之"(第23条第1项)。下列规定保障法官的独立和公正不偏:"法官不得行使任何政治或行政职权,或执行任何其他职业性质之任务"(第16条第1项)。"法官对于任何案件,不得充任代理人、律师或辅佐人。法官曾以当事国一造之代理人、律师、或辅佐人、或以国内法院或国际法院或调查委员会委员、或以其他资格参加任何案件者,不得参与该案件之裁决"(第17条第1项和第2项)。"法官除其余法官一致认为不复适合必要条件外,不得免职"(第18条第1项)。"法官于执行法院职务时,应享受外交特权及豁免"(第19条)。"法官于就职前应在公开法庭郑重宣言本人必当秉公竭诚行使职权"(第20条)。"法官如因特别原因认为于某案之裁判不应参与时,应通知院长。院长如认某法官因特别原因不应参与某案时,应以此通知该法官。遇有此种情形,法官与院长意见不同时,应由法院决定之"(第24条)。属于法院案件的当事国国籍的法官并不被排斥参与该案件。但是,如果"法官中有属于一造当事国之国籍者,任何他造当事国得选派一人为法官,参与该案。此项人员尤以就第4条及第5条规定所提之候选人中选充为宜。法院受理案件,如当事国均无本国国籍法官时,各当事国均得依本条第2次之规定选派法官一人"(第31条第2项和第3项)。这就是"本国法官"制度。

(b)法院的职权。“在法院得为诉讼当事国者，限于国家”(第34条第1项)。作为私人的个人和国际组织都不得诉诸法院。法院是公开于联合国各会员国的它们都是法院规约的缔约国，而规约是宪章的组成部分。宪章第93条明文规定：“联合国各会员国为国际法院规约之当然当事国。”同一条规定：“非联合国会员国之国家得为国际法院规约当事国之条件，应由大会经安全理事会之建议就各别情形决定之。”瑞士就是这样成为规约缔约国而并不成为联合国会员国的，这就是说，它是广义的联合国宪章(包括规约)缔约国。遵照宪章第93条，规约规定，法院应公开于规约各缔约国(第35条第1项)。但是，法院也公开于在宪章第93条的意义内并非规约缔约国的国家。法院公开于这种国家的条件应“由安全理事会定之，但无论如何，此项条件不得使当事国在法院处于不平等地位”(第35条第2项)。

规约各缔约国(联合国的会员国和非会员国)并没有义务将争端提交法院，但是它们可以提交。一个案件可以依据争端各当事国的特别协议提交法院。任何争端都可以这样提交法院。如果争端各当事国曾经先作了规约第36条所决定的声明，特别协定就不是必要的，而当事国一方就可以向法院提出申请书将案件提到法院(第40条第1项)；第36条规定如下：“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端，对于接受同样义务之任何其他国家，承认法院之管辖为当然而具有强制性，不须另订特别协定：(子)条约之解释；(丑)国际法之任何问题；(寅)任何事实之存在，如经确定，即属违反国际义务者；(卯)因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围”(第36条第2项)。这项声明“得无条件为之，或以数个或特定之国家间彼此拘束为条件，或以一定之期间为条件”(第36条第3项)。

依据规约第36条第2项作出的声明所承认的法院管辖并不

是像该条约所称的真正的强制管辖。因为，如果一个曾经作这样声明的国家按照规约第40条的规定以单方申请将其与另一国的争端提交法院，他方只有在其也曾作了同样声明的情形下，才有承认法院管辖的义务。这意味着，法院的管辖不是以一项涉及这个具体案件的特别协定为根据的，而是以争端各当事国依据第36条第2项作出的声明所构成的一般协议为根据的。若干国家曾经作了第36条第2项所规定的声明，其中有些是附有保留的，而这些保留就使这些声明失去了几乎全部实际价值。①

关于法院所应适用的法律，规约第38条规定："一、法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：(子)不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。(丑)国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。(卯)在第59条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本'公允及善良'之原则裁判案件之权。"

该院应适用现行约定法和习惯法〔(子)、(丑)两项〕，这是不言而喻的，是不需要加以规定的。至于"一般法律原则为文明各国所承认者"〔(寅)项〕，这种文明各国的法律秩序所共有的原则是否存在，是有疑问的，特别是鉴于共产主义的与资本主义的、专制的与

---

① 例如，美国承认法院对于规约第36条第2项所列事项的管辖，"但这项声明不适用于：(子)根据业已签订或将来可能签订的协定应由各当事国委托其他司法机关加以解决的争端；或(丑)经美国断定为涉及本质上属于美国国内管辖事项的争端；或(寅)由多边条约引起之争端，除非：(1)判决影响所及的条约的全体缔约国同时也是提交法院的案件的当事国，或者(2)美国对法院的管辖特别表示同意；而且，本声明的有效期间为5年，其后在通知终止本声明后6个月期满前仍继续有效。"很明显，在这些保留下承认的法院管辖并不是"强制性"的。

民主的法律体系之间的意识形态上的对立。如果法院认为文明各国所承认的一般法律原则是存在的，那么，就发生在什么情况下法院被认为对其所审理的案件适用一般法律原则的问题。如果有一项条约，而该争端的有关各国都是该条约的缔约国，而且如果该条约是涉及该争端的，那么，所应适用的是该条约〔(子)项〕。如果没有条约，所适用的就是一般的习惯国际法。上面已经指出，适用一般的习惯国际法总是可能的。但是，(寅)项显然是以国际法上有罅隙的观念为假定的。这意味着，如果法院认为适用特别的约定国际法或一般的习惯国际法是不能令人满意的，法院就被授权适用一项法院所认为是一般法律原则的规则，而这就意味着法院有着几乎无限度的自由斟酌权。

但是，规约的制定者是否真正想使法院有这样非常的权力，是有疑问的。第 38 条第 2 项明文规定，法院的职能是“依国际法裁判”。因此，人们可以争辩说，只有在“一般法律原则”是国际法的一部分的情形下，这就是说，只有在它们是第 38 条(子)项和(丑)项所提及的法律的一部分的情形下，它们才是可适用的。这样，(寅)项就是多余的了。(卯)项所指的并不是法院所适用的国际法规则；它只是成立一项解释原则。(卯)项所提的第 59 条规定：法院的判决只在当事国之间和对特定的案件有拘束力。因此，法院的判决不能具有先例的性质。

(c)法院的程序。“诉讼程序应分书面与口述两部分。书面程序系指以诉状、辩诉状及必要时之答辩状连同可资佐证之各种文件及公文书送达法院及各当事国。……口述程序系指法院审讯证人、鉴定人、代理人、律师及辅佐人”(第 43 条第 1 项、第 2 项和第 5 项)。“法院之审讯应公开行之，但法院另有决定或各当事国要求拒绝公众旁听时，不在此限”(第 46 条)。“一切问题应由出席法官之过半数决定之。如投票数相等时，院长或代理院长职务之法

官应投决定票"(第 55 条)。"判词应叙明理由。判词应载明参与裁判之法官姓名"(第 56 条)。"判词如全部或一部分不能代表法官一致之意见时，任何法官得另行宣告其个别意见"(第 57 条)。"法院之判决系属确定，不得上诉。判词之意义或范围发生争端时，经任何当事国之请求后，法院应予解释"(第 60 条)。"声请法院复核判决，应根据发现具有决定性之事实，而此项事实在判决宣告时为法院及声请复核之当事国所不知者，但以非因过失而不知者为限。……申请复核至迟应于新事实发现后 6 个月内为之。申请复核自判决日起逾 10 年后不得为之"(第 61 条第 1 项、第 4 项和第 5 项)。规约第 60 条关于法院判决不得上述的规定，与宪章第 94 条第 2 项关于任何当事国不遵行法院判决时他方得向安全理事会申诉的规定不相符合，安全理事会得以法院判决不同的方式解决该案件。这项规定将在下面加以讨论。

(d)咨询意见。宪章第 96 条授权大会和安全理事会请求法院"对于任何法律问题……发表咨询意见。联合国其他机关及各种专门机关，对于其工作范围内之任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。"规约第 65 条授权法院"对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时，得发表咨询意见。凡向法院请求咨询意见之问题，应以申请书送交法院。此项申请书对于咨询意见之问题，应有确切之叙述，并应附送足以释明该问题之一切文件。"

4. 国际法庭判决的执行。当一些国家依据仲裁条约将其争端提交一个国际法庭时，它们就承担了遵从该法庭判决的义务。但是，有一些情形使国家有理由不遵从国际法庭的判决。如果国际法庭超越了仲裁条约所给予的职权(逾越管辖权)，法庭的判决可以被认为是根本无效的，这也是一般所承认的原则。① 但是，在这方面，谁有权解释仲裁条约呢？是各缔约国，争端各当事国，是法

庭，还是两者呢？

按照适用法律规范者有权解释规范的原则，每一个缔约国是有权解释仲裁条约的，因为该缔约国执行法庭判决时就要适用该条约。但是，法庭也有权解释仲裁条约，因为法庭在判决时也就要适用该条约。给予法庭以管辖权的条约可能有这样的意思：在法庭的职权方面，缔约各方已经放弃了其解释该条约的权利。但是如果没有明文规定放弃，缔约各方可以坚持其解释仲裁条约的权利，而且，如果法庭逾越职权，可以宣告不受法院判决的拘束。只要在法庭的职权方面，缔约各国是有解释仲裁条约的权利的，判决的执行实际上是依赖于其善意的。只有缔约各方放弃了这种权利而给予法庭以解释条约上决定其职权的规定的专有权利，解释权才不会有滥用的情形。国际法院规约规定："关于法院有无管辖之争端，由法院裁决之"(第36条第6项)。因此，任何争端当事国都不能因为法院逾越了——按该当事国的意见——其职权(管辖权)而宣告法院判决为根本无效。

依据一般国际法，不遵行国际法庭判决构成了一种国际不法行为，这种国际不法行为产生一般国际法所规定的一切后果。因他方不遵行法院判决以致权利受侵犯的一方，被授权对不法行为国诉诸报复或战争。依据宪章，在这种情形下不得实行自助。只

① 提交国际法庭的争端的各当事国拒绝遵从法庭判决的情形是很少的。属于这种情形的有：1831年荷兰国王判决的英美两国之间的东北边界争端；1909年阿根廷总统判决的玻璃维亚和秘鲁之间的边界争端；巴尔吉先生判决的美国和委内瑞拉之间关于奥林诺柯轮船公司的争端，这项判决于1910年为常设仲裁法院的一个法庭所撤销；1927年罗马尼亚-匈牙利混合法庭判决的匈牙利和罗马尼亚之间关于匈牙利公民有关罗马尼亚农业改革的某些求偿的争端。在所有这些案件中，不遵从仲裁判决的理由是法庭逾越了管辖权。参见奥本海，同上书，第2卷，第16节。

有安全理事会，而且只有在安全理事会依据第39条认为不遵行法庭判决是对和平的威胁或破坏时，才有权对不法行为国使用武力。如果是不遵从国际法院的判决，则情形略有不同。在这方面，宪章第94条明文规定有遵行法院判决的义务。但如果"一造不履行依法院判决应负之义务时，他造得向安全理事会申诉。安全理事会如认为必要时，得作或建议或决定应采取办法，以执行判决。"这意味着，安全理事会可以选择两种不同程序。它可以使法院判决得到执行，特别是对不履行司法判决的国家采取强制措施，以得到执行。但是，安全理事会如果认为必要，也可以向各当事国提出关于解决争端的建议。按照第94条的文字，安全理事会在作出这种建议时，是不受法院判决拘束的；其建议可以与该判决不同。① 安全理事会甚至可以强制执行其建议，如果它认为不遵守其建议是对和平的威胁或破坏。宪章第27条第3项所规定下的规则——安全理事国为在安全理事会考虑中的争端的当事国者不得投票——是不适用于依据第94条所采取的决定的。

① 这是美国国务院代表对94条所作的解释，见《美国参议院外交委员会关于联合国宪章的听证会(第19届国会，1945年7月9日至13日)》第285页以下。

第五章　国际法和国内法

第一节　国际法和国内法的区别

正如本书第一章所述，国际法是象国内法一样的法律，因为它是一种强制性秩序，是一套规定有执行的社会上有组织制裁的规范作为对不法行为的反应。但是，在许多方面，国际法与国内法有所不同。国际法所确立的制裁是报复和战争，而国内法的制裁则是刑罚和民事执行。刑罚与民事执行之间的区别使国内法分为刑法与民法，而报复与战争之间的区别却没有理由使国际法分为类似于刑法与民法的两个部门。国际法——至少就其大部分规范来说——并没有表现出国内法所特有的那种二元结构。但是，国际法并不是完全没有刑罚和民事执行。例外地，有一些一般国际法以及特别国际法的规范也规定有刑罚和民事执行，因此，两种法律秩序之间的区别，就其所规定的制裁来说，只是相对的，而不是绝对的。

与这一区别有密切联系的是：在国际法上，主要的是集体责任，而在国内法上，个别责任则是主要的，而且，国际法的特殊制裁——报复和战争——所构成的集体责任，就负责的个人们来说，是绝对责任，而国内法的特殊制裁——刑罚和民事执行——所构成的个人责任，照例是以过失为根据的责任。但是，国际法并不排除以过失为根据的责任，而国内法也不排除集体的和绝对的责任。在这方面，国际法与国内法的区别也只是相对的。

显著的区别产生于这样的事实，即国际法的效力范围在原则上是无限度的，而国内法，作为一国的法律，却只是在一定领土上和在一定时间内有效的。认为国际法只对作为法人的国家有效而国内法则对个人有效的传统看法，已经被证明是错误的。关于两种法律秩序所确立的义务和权利的主体，国际法与国内法之间是没有什么区别的。在两种情形下，主体都是个人。但是，国内法律秩序直接决定哪些个人应该用其行为来履行义务或行使权利，而国际法律秩序则交由国内法律秩序去决定哪些个人的行为成为国际义务和权利的内容。国家依据国际法所具有的义务和权利就是个人以其作为国家机关的资格所具有的义务和权利；这些个人是国内法、即国家的法律所决定的。但是，正象例外地有一些国际法规范并不对作为法人的国家而是直接地对个人设定义务和给予权利一样，也有一些国内法规范对法人设定义务和给予权利，从而只是间接地对个人设定义务和给予权利的。这两种法律秩序又只在程度上而非本质上有区别。

国际法与国内法的最重要的区别在于：国际法是比较分散的强迫性秩序，而国内法则是比较集中的强迫性秩序。这种区别表现在这两种秩序的规范的创造和适用的方法上。习惯和条约——国际法的主要渊源——是分散的方法；国内法的主要渊源——立法——则是集中的造法方法。国内法给予法庭以适用法律的职权，并给予一些特殊机关以在执行制裁时使用武力的专有权力，而国际法与国内法不同，它没有适用法律的特殊机关，特别是没有执行制裁的中央机构。这些职权是交给作为国际法主体的国家来行使的。但是，依据特别国际法，国际法的创造和适用可以是——而且实际上是——集中化的；而且，这种集中化的过程，由于成立了设有国际法庭和国际执行机构的国际组织，是在不断地增强的。

第二节 国际法和国内法的关系
（一元主义和多元主义）

1. 一元论和多元论

上面对国际法的分析已经表明，国际法的大部分规范是不完全的规范，需要国内法规范予以补充。因此，国际法律秩序只有作为包括一切国内法律秩序在内的一种普遍性法律秩序的一部分，才是有意义的。上面的分析还导致这样一个结论，即国际法律秩序决定各国内法律秩序的属地、属人和属时效力范围，从而使许多国家的共存成为可能。最后，我们也已经看到，国际法律秩序使各国内法律秩序自己的本来由有关国家任意加以规定的事项受到某种调整，从而限制了各国内法律秩序的属物效力范围。

上面的分析是从国际法的观点来看国际法与国内法的关系的，因而是从这种观点来看国际法与一种普遍性法律秩序的关系的。但是，尽管使人感到惊奇，许多国际法理论家却不赞成这种一元主义的看法。在他们对国际法与国内法的关系的解释中，他们不以国际法为他们的出发点。在他们看来，国际法与国内法是两个分离的、相互独立的法律秩序，其所调整的事项极不相同，其渊源也极不相同。

我们已经看到，这种二元主义或者——考虑到有许多国内法律秩序的存在——这种多元主义是与国际法的内容相矛盾的，因为国际法本身确立了国际法规范与各国内法律秩序的规范之间的一种关系。倘若国际法被认为是有效的法律秩序，多元论就与实在法相矛盾。然而多元论的代表人物却承认国际法是实在法。

但是，多元主义观点在逻辑上也是站不住脚的。如果国际法规范与国内法规范被认为在同一空间上和在同一时期内有效，这

两个体系就不可能是两个不同的、相互独立的体系。在逻辑上不可能认为，同时有效的规范属于两个不同的、相互独立的体系。

多元主义者并不否认，国际法规范和国内法规范是同时有效的。相反地，他们在认为这两个法律秩序同时有效时，却主张一个秩序是独立于另一个秩序之外而有效的；这就意味着，两个有效规范体系之间没有什么关系。但是，我们将要看到，这包含着一种矛盾。

2. 国内法和国际法的规定事项

国际法与国内法的相互独立性往往是以这两个体系所调整的事项不同的事实为证的。人们说，国内法规定个人行为，而国际法则规定国家行为。我们已经指明，一国的行为是可以还原为代表该国的个人们的行为的。这样，所谓国际法与国内法在规定事项上的区别，就不能是其所规定的行为的各种主体之间的区别了。

多元主义的解释还得到下述一种说法的支持，即国内法调整一国之内的关系，而国际法则调整超出一国范围的关系。或者，也可以这样说，国内法涉及到国家的"内部"关系，所谓"国内事务"，而国际法则涉及到国家的"外部"关系，国家的"对外事务"。人们把国家想像为一个有形的、占有空间的物体，有一种内部结构和对其他物体的外部关系。当我们尝试找出这个隐喻背后的思想而且不用隐喻而对这种思想加以陈述时，我们得出的结论是，这种思想是错误的。

这是因为要把国家的所谓"国内事务"和"对外事务"区别为两种不同的法律调整的事项是不可能的。一国的每一项所谓国内事务都可以成为国际协定的规定事项，因而转化成为一项对外事务。例如，雇主与雇员之间的关系肯定地是国家之内的"内部"关系，对其加以法律调整是一项典型的"国内"事务。但是，一旦一国与其

他国家缔结一项调整这种关系的条约，这种关系就成了一项对外事务。如果我们丢开空间的隐喻，我们就发现，试图在国内法和国际法的规定事项之间作出区别，纯粹是一种空洞的赘言。一国的"国内事务"，按照定义，就是国内法所调整的事务；"对外事务"，按照定义，就是国际法所调整的事务。国内法调整国内事务而国际法调整对外事务的断言简直就是这样一种毫无意义的说法，即国内法调整国内法所调整的，而国际法调整国际法所调整的。

然而，国际法是"国家之间"的法律而国内法是所谓一国的法律的说法还有一些道理。但是，正如上面所指出的，这种区别并不涉及到规定事项；它所涉及到的是国际法和国内法的创造。国内法是单独一国的行为（或并非国家行为的行为）所创造的，而国际法通常是两个或几个国家的合作所创造的。习惯国际法以及约定国际法都是这样。

诚然，有一些规定事项是国际法所特有的，即只能由两个或几个国家合作创造的规范加以调整的事项。这些事项是——正如上面所指出的——对各国内法律秩序的效力范围的决定以及创造国际法本身的程序。但是，却并没有只能由国内法加以调整而不能由国际法加以调整的事项。国内法所调整或能够加以调整的任何事项都是国际法能够加以调整的。因此，就不可能用国际法与国内法之间在规定事项上的区别来证明多元主义的看法。

3.国内法和国际法的"渊源"

为了支持多元论，人们曾经争辩说，不同的规范体系是来自不同的渊源的。法律的"渊源"一词是另一个隐喻；正如我们所看到的，它至少有两种不同的含义。法律的"渊源"，一方面是创造规范的程序，另一方面是规范为什么有效的理由。让我们首先看一看，如果这一词语被了解为前一种意义，上述论点是怎样的。

两种法律“渊源”之间的区别，所指的是习惯与立法(广义的，就是：任何用制定法、即自觉地和有意识地来创造法律)之间的区别。当人们将习惯视为一种法律渊源时，人们是以下述原则为前提假定的，即个人应当按照其习惯上所作那样行事。当人们将立法(广义的)视为一种法律渊源时，人们认为：个人应当按照一些被授权用其行为创造法律的特殊机关所命令的那样或者个人们自己所同意的那样行为。立法，按照通常的狭窄的意义，只是用制定法来创造法律的一种特殊情形，即由一个特殊机关来创造一般性规范。但是，个别性规范也可具有制定法(以别于习惯法)的性质，例如，司法判决或契约或条约所创造的规范就具有这样的性质。

正如上面所指出的，国际法以及国内法都有这两种创造法律的方法，即习惯法和制定法。诚然，一般国际法并不承认立法和由司法机关创造法律，即现代国家的两种最重要的创造规范的方法。但是，法院和立法机关是可以由条约来创造的，而条约本身就是一种创造制定法的方法。一个国际法庭的判决是国际法的规范；某些对联合国会员国有拘束力的联合国大会或安全理事会的决议也是国际法的规范，因而是类似于国内法内的制定法的。由条约创造一个集体的国际机关，使其有权以多数通过对条约缔约国均有拘束力的决议，并不是不可能的。如果条约所实现的集中化并不过份，这种决议仍然是国际法的规范(不同时具有国内法的性质)。

既然在国际法上立法和司法的造法只在条约的基础上才是可能的，而且条约的拘束力是以一项习惯国际法规则为根据的，因而可以说，国际法的首要渊源(在造法方法的意义上)是习惯和条约，而国内法的首要渊源是习惯和立法。而且，创造国际法的习惯和条约确是牵涉到两个或几个国家的合作的，而创造国内法的习惯和立法则是一国的臣民或机关的职能。因此，在这方面，国内法和国际法的造法方法是不同的；但是，这并不是原则上的不同。作为

国内法渊源的习惯和立法之间的区别是远比国际法的条约和国内法的契约之间的区别更为不同的。而且，即使国内法是用与创造国际法完全不同的方法创造的(情形并非如此)，这种渊源上的区别也并不意味着，用不同方法创造的规范就属于不同的、相互独立的体系。

4.国内法和国际法的效力理由

1．*国际法律秩序决定国内法律秩序的效力理由* 我们已经看到，法律的"渊源"一词有时被简单地理解为一个规范为什么有效的理由。如果这是这一词语的意思，那么，国际法和国内法由于各有不同的"渊源"而成为不同的体系的论点，就等于说，国内法的最终效力理由是与国际法不同的。

关于国内法与国际法之间的关系的问题，早就已经被这样表述过，特别是在德国文献中。但是，对这个问题通常所提出的回答——即国内法的效力理由在于一国的"意志"而国际法的效力则是以若干国家的"联合意志"为根据的——只是一种人格化的隐喻。批判性的分析揭示了，这种隐喻掩盖着一种空洞的赘言。

为了回答国内法的效力理由是否与国际法不同，因而国内法与国际法是两种不同的、相互独立的法律秩序还是形成一个普遍性的规范体系的问题，为了在多元主义与一元主义之间作出抉择，我们必须考虑这样一个一般性问题：什么使一个规范属于一个特定的法律秩序，什么是若干规范形成一个规范体系的标准。①

如果若干规范都是从同一的基础规范得到其效力的，它们就属于同一的法律秩序。一个规范为什么有效的问题必须追溯到一个最终规范，而这个最终规范的效力是我们所不怀疑的。如果若

---

① 参看本人所著：《法律和国家的一般理论》(1945年)，第110页以下。

干规范都从同一的基础规范得到其效力，那么，按照定义，它们就都成为一个体系的一部分。因而，一个规范为什么是美国法的规范或是国际法的规范的问题，就是美国法的基础规范和国际法的基础规范的问题。要决定国内法与国际法之间的关系，我们就必须研究，这两种法律秩序是从不同的基础规范还是从同一的基础规范得到其效力的。

按照基础规范的性质，我们可以把构成一个规范性秩序或一个规范体系的统一性的原则区分为两种不同的原则：一种静的原则和一种动的原则。按照静的原则，规范所以有效——而这就意味着，我们认为，行为受规范的调整的个人们应当按照规范所指令的那样作行为——是由于其内容的——其内容具有保证其效力的极其显明的性质；或者，换句话说，规范所以有效是由于其内在的感召力。

规范具有这种性质，因为其效力是可以从一个更高的、即更一般性的规范推论出来的，正如特殊可以从一般推论出来一样。更高的规范的效力是自明的，或者至少被假定是自明的。人不应说谎、人不应欺骗、人应当遵守诺言等规范，是从规定诚实的一般性规范引伸出来的。从人必须爱其邻人的规范，可以引伸出人不应伤害邻人、人必须帮助邻人的需要等规范。如果问为什么人必须爱其邻人，那么，也许要在某一个更为一般性的规范中找到答案，让我们说，这样一个公式，即人的生活必须与宇宙相协调。如果这是最一般性的规范，而其效力是我们所深信无疑的，那么，我们就会把它看作最终规范或基础规范。其效力可能是这样显明，以致人们不感到有追问其效力理由的必要。

这种规范体系的各规范是包含在基础规范之中的，正如特殊是包含在一般之中一样。因此，所有特殊规范都是可以用理智活动的方法得到的，即可以用从一般到特殊的推理方法得到的。构成

这种规范体系的统一性的原则是属于静的性质的。其特征是：不仅形成规范体系的规范的效力，而且这些规范的内容，都可以用理智活动从被假定为自明的基础规范中引伸出来。

但是，一个特殊规范的效力还可以用另一种方法从基础规范引伸出来。如果一个孩童问，为什么他不应说谎，回答可能是，他的父亲禁止他说谎。如果这个孩童进一步问，为什么他要服从他的父亲，回答可能是，上帝命令孩童服从父亲。如果这个孩童提出为什么人要服从上帝的命令的问题，那么，唯一的回答只能是，这是一个规范，在它之外，人们再也找不到一个更基本的规范了。这个规范是基础规范，给一个其统一性属于动的性质的体系提供基础。这个体系的一切规范都是从这个基础规范引伸出来的，但其内容却不是这样。这个体系的各规范的内容是不能用任何理智活动从基础规范中引伸出来的。基础规范仅仅成立了某一权威，而这一权威很可以转而把创造规范的权力付予某些其他权威。一个动的体系的规范的创造必须通过那些被一个较高规范授权创造规范的个人们的行为。这种授权是一种委托。创造规范的权力是由一个权威委托给另一个权威；前者是较高的权威，后者是较低的权威。一个动的体系的基础规范就是创造该体系的规范所遵照的基本规则。如果一个规范归根到底是按照基础规范所决定的方式创造出来的，它就成为一个动的体系的一部分。一个规范是属于上面所举为例的宗教体系的，如果它是上帝所创造的，或者是一个从上帝那里得到权力或由上帝委托以权力的权威所创造的。属于动的形态的基础规范决定那些组成规范性体系的规范的效力，但不决定其内容。按照静的原则，体系的规范的效力及其内容都能用理智活动从基本规范中引伸出来，而按照动的原则，则只有规范的效力能用理智活动从基本规范中引伸出来，其内容却是不能这样引伸的。规范的内容必须是一些被授权的个人们的行为所决定的，这就是

说，规范必须按照基础规范所决定的方式创造出来。如果它们是按照这样的方式创造的，换句话说，如果它们是遵照基础规范创造出来的，那么，不论其内容是什么，它们就是有效的。

静的原则和动的原则可能结合在同一的体系之中。我们应该爱我们同胞这个规范的效力理由可能是这样一个规范，即我们应该遵从上帝所创造的规范，如果上帝确实曾经确立我们应该爱我们同胞这个规范的话。但是，正如从一般推论出特殊一样，从我们应该爱我们同胞的这个规范，是可以通过一种单纯的心理过程而推论出许多特别规范的。

法律秩序是一种动的规范体系。既然如上面所指出的，法律是调整其本身的创造的，因而，如果一个规范是按照一定的国内法律秩序的另一个规范——一个更高的规范——所决定的方式创造出来的，这个规范就属于这个国内法律秩序。对于为什么某一强迫行为——例如一个人将另一个人置于监狱从而剥夺其自由——是一个合法行为的问题，答案是：因为它是一个个别规范、即一个司法判决所指令的。对于为什么这个个别规范作为一定的法律秩序的一部分而有效的问题，答案是：因为它是按照刑事法律而创造出来的。最后，这种刑事法律是主管机关按照宪法规定的方式成立的。

如果我们问为什么宪法是有效的，也许我们想到一个旧宪法。最终地，我们追到了某一宪法，这一宪法是在历史上第一个宪法而且是一位篡夺者或某种议会所制定的宪法。这第一个宪法是我们的法律秩序的一切规范所依据的最后假定，最后公设。这个公设是：人们应当遵照制定第一个宪法的个人或个人们的命令作行为。这是这个国内法律秩序的基础规范。它不是一个实在法规范；它是当我们用法律词语来解释社会关系时，当我们说到不法行为与制裁、义务、责任权利、管辖权等等时我们所假定的一个规范。基础规范是法学思想的一种假设，是使我们的法律命题成为可能的

基本条件。我们可以接受或不接这种假设，因为我们可以把或不把人类关系解释为法律关系；我们可以把它们看作单纯因果关系。但是，如果我们把它们看作法律关系，而且这就意味着，如果我们把它们看作是法律秩序所调整的，那么，我们就假定：这个法律秩序所据而确立的历史上第一个宪法是一个有拘束力的规范；人们应当按照这个宪法作行为。这个前提假定就是基础规范。只有在这个前提假定的基础上，那些为宪法给予创造规范权力的人们所作的宣示才是有拘束力的法律规范。正是这个前提假定使我们有可能区别哪些人是法律权威，和哪些其他的人是我们所不认为法律权威的，使我们有可能区别哪些人的行为创造法律规范，而哪些行为则不具有这样的效果。所有这些规范所以属于同一的法律秩序，是因为其效力都可以直接或间接地追溯到第一个宪法。如果它们归根到底是按照第一个宪法所决定的方式确立的，它们就有效，而如果是按照这种方式被废止了，它们就失去了效力。这就是正统原则。作为前提假定的是：第一个宪法是有拘束力的法律规范；把这个前提假定表述出来，就是国内法律秩序的基础规范。

但是，当我们回答法律规范的效力问题时，正统原则并不是唯一适用的原则。因为，如果我们对于我们关于法律规范的效力的判断加以分析，我们就发现，我们假定第一个宪法是有效的规范，是以下述一点为条件的，即依据这个宪法所确立的法律秩序大体上是有实效的，这就是说，它在实际上是被适用和服从的。在革命的情形下，这一点就表现得很清楚。

譬如说，一群人企图用武力夺取政权，以便在原为君主制的国家里推翻合法政府而成立一个共和制政府。如果这一群人成功了，如果旧秩序终止存在了，而且由于行为受新秩序规定的个人们实际上是大体上遵照新秩序行事，而新秩序开始生效了，那么，这个新秩序就被认为是一个有效的秩序。这样，个人们的实际行为

就是按照这个新秩序而被解释为合法的或不合法的。但是，这就意味着，一个新的基础规范被当作前提假定了。它已经不是旧的君主制宪法所以有效所依据的规范了，而是新的共和制宪法所以有效所依据的一个规范，是使革命政府具有法律权威的一个规范。如果革命者失败了，如果他们所企图成立的秩序是没有实效的，那么，相反地，他们的事业就被解释为不是合法行为、造法行为，不是一个宪法的确立，而是不法行为，即叛国罪；而这是按照旧的君主制宪法及其特殊的基础规范加以解释的。

如果我们试图把这些法学上考虑所依据的前提假定说清楚，我们就发现，当旧的宪法、因而以这个宪法为根据的法律规范，即整个旧的法律秩序，已经失去其实效时，当人们的实际行为不再遵照这个旧的法律秩序时，旧的秩序的规范就被视为无效。当每一个规范所属的整个法律秩序完全失去其实效时，每一个规范也就失去其实效。整个法律秩序的实效是该秩序的每一个规范的效力的必要条件。一个“必要条件”，而不是一个“较重要的条件”。整个法律秩序的实效是其组成规范的效力的条件，而不是效力的理由。这些规范所以有效，并不是因为整个秩序是有实效的，而是因为它们是遵照宪法创造出来的。但是，这个宪法只有在按照该宪法所确立的整个秩序有实效的条件下，才被假定为一个有效的规范。这个秩序的规范不仅在其按照宪法被废止时失去效力，而且在宪法不被认为一个有效的规范时也失去效力；当按照宪法所确立的整个秩序失去实效时，情形就是这样。不能认为，如果某一规范所属的整个法律秩序失去了其实效，人们还应当按照该规范作行为。正统原则是受实效原则的限制的。

这并不意味着，正统原则是与实效原则相等同的。在“是”和“应当”之间，在人们于实际上作行为的方式和人们在法律上应当作行为的方式之间，仍然是有区别的。仍然有而且必定仍然有一

个人实际上不按照其在法律上应当作的方式作行为的情形，即个人行为“违反法律”、破坏法律的情形。整个法律秩序大体上有实效的事实并不意味着每个人的行为总是而且毫无例外地是遵照法律的，并不意味着这个法律秩序的任何规范都不被“破坏”。

而且基于另一理由，只有整个说来大体上有实效的法律秩序才是有效的这个假定，也并不意味着：有效是与有实效相等同的；例如，“应当”为“是”所吞并了；因而问人们应当怎样作行为是毫无意义的，而唯一的问题是人们在实际上怎样作行为。有效的法律秩序整个说来必须大体上有实效的原则，其本身就是一个规范。我们可以将这个规范表述如下：人们应当遵照一个整个说来大体上有实效的强迫性秩序作行为。这是一个实在国际法规范，在国际法内通行的实效原则。它是包含在通常用下述说法来表述的规则之中的，即按照国际法，一个在实际上已经确立的权威就是合法政府，这个政府所制定的强迫性秩序就是法律秩序，即一个有效的法律秩序，而且这个秩序所构成的共同体，只要大体上有实效，就是国际法意义上的国家。按照国际法，只有依据一国的宪法确立的法律秩序是大体上有实效的，该国的宪法才是有效的。正是这个一般的实效原则，国际法的一个实在规范，在其适用于一个国内法律秩序时，给这个国内法律秩序提供了基础规范。这样，各不同国内法律秩序的基础规范本身都是以国际法律秩序的一个一般规范为根据的。如果我们把国际法看作一切国家(这就意味着一切国内法律秩序)所从属的法律秩序，那么，国内法律秩序的基础规范就不单纯是法学思想的前提假定，而是一个实在法律规范，一个适用于一个具体国家的法律秩序的国际法规范。这样，国际法律秩序通过实效原则不仅决定国内法律秩序的效力范围，而且决定其效力理由。既然各国内法律秩序的基础规范是一个国际法规范所决定的，它们就只相对地是基础规范。作为各国内法律秩序的最

终的效力理由的，是国际法律秩序的基础规范。

一个较高规范不仅可以决定创造较低规范的机关和程序，而且在一定程度上也可以决定这些规范的内容。但是，一个较高规范可以把自己限于授权一个权威来斟酌创造较低规范。国际法是在后一种方式上成为国内法律秩序的根据的。由于国际法规定，如果一个人或一群人是独立的并能使其对一定领土和在该领土上居住的人们所确立的强迫性秩序得到永久服从，他们就要被认为是这个秩序所构成的共同体的合法政府，又由于国际法规定这样的共同体是国际法意义上的国家，而构成这样的共同体的强迫性秩序是该共同体的国内法，国际法“委托”了国内法律秩序，它也因而决定了国内法律秩序的效力范围。

2. 按照国际法，革命和政变是造法事实。国际法在决定各国内法律秩序的效力理由时，调整着国内法的创造。这里所一再提及的情形很清楚地说明这一点；这种情形就是：一国宪法不按照宪法本身所规定的方式发生变动，而是剧烈地，即通过破坏宪法而发生变动。如果君主国由于人民革命而成为共和国，或者共和国由于总统的政变而成为君主国，而且如果新政府能够有实效地维持宪法，那么，按照国际法，这个政府就是合法政府，这个宪法就是有效宪法。这是为什么我们在另一地方说过，按照国际法，胜利的革命和成功的政府是造法事实。只有假定有一个国际法规范承认胜利的革命和成功的政变是改变宪法的合法方法，才有可能认为：只要一国的领土和居民大体上不变，一国的同一性才是不受革命或政变的影响的。

国家的同一性包含着国内法律秩序的同一性的意思，而国内法律秩序的同一性就是国内法律秩序的连续性。从国内法律秩序来看，革命或政变破坏了国内法律秩序的连续性，而从国际法来看，对于属地和属人效力范围并未发生重大变更的国内法律秩序

的连续性，革命或政变是没有什么影响的。例如，毫无疑问，在沙皇宪法下的俄国和在布尔什维克宪法下并以苏维埃社会主义共和国联盟为名的俄国是同一国家；这个国家的法律尽管由于布尔什维克革命而发生重大变更，却仍然是俄国法律，正如法国的国家和法律尽管由于1789年法国革命而发生根本变更却仍然是法国国家和法国法律一样。如果我们不顾国际法，不超出在一定时间上存在的俄国和法国宪法，这种解释就是不可能的。如果我们不从国际法律秩序的观点来考虑国家及其法律，俄国国家的同一性和法国国家的同一性以及俄国法律的连续性和法国法律的连续性都是无法理解的。如果从国内法律秩序的观点来判断这种情况，那么，只有宪法未经变动或者是按照其本身的规定而变动的，国家以及国家的法律才是同一的。这就是为什么亚里士多德教导说："当宪法改变其性质而成为不同的宪法时，国家也就不再是同一国家了。"①

如果人们试图象亚里士多德那样来理解国家的性质而不顾国际法，这样的看法就是不可避免的。现代法学家们相信国内法的连续性和国家的法律上同一性而不问宪法的剧烈变更，这只是因为他们——自觉地或不自觉地——假定，国际法是一个法律秩序，它是按照实效原则在各方面决定着国家的存在的。

3. *国际法的基础规范。* 既然国内法的效力理由在于国际法，因而国内法的这个意义的"渊源"也在于国际法，那么，国内法的最终渊源与国际法的最终渊源就必须是一样的。这样，多元主义的看法也就不能用国内法和国际法有不同的、相互独立的"渊源"的假定来辩护了。正是国内法的"渊源"使国内法和国际法结合在一起，而不论国际法律秩序的"渊源"是怎样的。那么，国际法的渊源，既国际法的基础规范是什么呢？

① 亚里斯多德：《政治论》，第三章，第1276乙节。

要找出国际法律秩序的渊源，我们就要遵循类似于我们找到国内法律秩序的基础规范的途径。我们必须从国际法的最低规范开始，即从国际法庭的判决开始。如果我们问，为什么国际法庭的判决所创造的规范是有效的，提供答案的是设立国际法庭的条约。如果我们又问，为什么这种条约是有效的，我们就被指向一个一般规范，这个规范使国家有义务按照其所缔结的条约作行为，即通常用“约定必须遵守”这句话表示出来的一个规范。上面已经指出，这是一个一般国际法规范，而一般国际法是各国行为所构成的习惯创造出来的。因此，国际法的基础规范必须是一个把习惯看做创造规范的事实的规范，而且可以用下述公式来表明：各国应当象其习惯地作行为那样作行为。在这个规范的基础上发展起来的习惯国际法是国际法律秩序的第一阶段。下一阶段是由条约创造出来的规范。这些规范的效力是以“约定必须遵守”这个规范为作据的，而这个规范则属于一般国际法的第一阶段，即习惯法的阶段。第三阶段是由条约所创造的机关创造出来的规范，例如，联合国安全理事会的决议或国际法院或仲裁法庭的判决。

4. *历史的与逻辑和法律的观点。* 创造国际法的习惯在于各国的行为。人们可能反对说，这样，在有任何国际法之前，就必须先有国家。但是，如果国际法的产生是以国内法的存在为前提的，那么，国内法的效力怎能来自国际法呢？国际习惯法的存在并不含有国家的存在先于国际法的存在的意思。原始社会集团在国际法发展的同时发展为国家，这是十分可能的。部落法律的产生并不后于部落之间的法律的事实，使人可以作这样的推测。但是，即使国家的存在的确先于国际法的存在，国内法律秩序和国际法律秩序之间的历史关系也并不排斥我们所主张的其效力理由之间的逻辑关系。

只要还没有国际法，国内法的效力理由就不是由国际法决定

的。如果国际法并不存在，或者不被假定为一个使国家承担义务和享有权力的法律秩序，实效原则就不是一个实在法规范，而只是法学思想的一个假设。但是，当国际法产生了——这就是说，两个或两个以上国家的合作所创造的法律规范产生了——而且实效原则成了国际法的一部分的时候，各国内法律秩序就与国际法发生了一元论所断言的那种关系。

5. 国内法和国际法的冲突

有人说，国际法和国内法不是一个规范体系的两个部分，因为它们会彼此矛盾，而且事实上也是彼此矛盾的。当一国制定的一项法律违反国际法某一规范时，这项制定法可以仍被认为是有效的。该国际法规范就是与国内法规范同时有效的。在一元论的批评者看来，这种情况包含着一种逻辑上的矛盾。如果这是一种逻辑上的矛盾，他们所作的国内法和国际法并不形成一个规范体系的结论就无疑是正确的。但是，矛盾却只是表面的。

在国际法的一个已确立的规范与国内法的一项较为晚近的制定法相冲突的情形下，国家的机关并不一定就认为该项制定法是有效的规范。很可能，法院被授权拒绝适用这个制定法，正如它们有时有权拒绝适用违宪的制定法一样。当制定法与后来的条约相冲突时，情形也是这样。可能的情形是，依据有关国家的宪法，应适用的是条约，而不是制定法。① 关于在国内法与国际法发生冲突

---

① 法国宪法(《政府公报》,1946 年 10 月 28 日)有下述的规定："第 26 条，依法批准和公布的外交条约，即使与法国国内法相抵触，应有法律的效力；它们的适用除它们得到批准所必要的立法行为外，不需要任何其他立法行为。 第 27 条，关于国际组织的条约、和约、商约、涉及国家财政的条约、关于侨外法国公民的身分和财产权的条约、修改国内立法的条约、以及涉及领土的割让、交换

(接下页注)

的情形下一个是否优于另一个的问题，只能根据有关的国内法加以决定；答案是不能从所认为存在于国际法与国内法之间的关系推论出来的。既然按照实在国内法，并不排除这样的可能性，即在实在国内法与国际法发生冲突的情形下，前者被认为有效，那么，在这里，我们就应该假定，国家机关必须适用国内法，即使国内法是违反国际法的。①

(接上页注)或增加的条约，在其由立法行为加以批准前，不应是最后的。领土的任何割让、任何交换和任何增加，非经有关居民同意，均属无效。第 28 条，依法批准和公布的外交条约既然具有高于法国国内立法的权威，因而其规定非事先通过外交途径正式予以废止，而不得废除、修改或停止效力。无论何时，如果涉及到第27条所载明的条约中一种条约，这种条约的废除必须经国民议会核准，但商约除外。"参见德意志联邦共和国宪法第 25 条。

① 在"摩腾生诉彼得斯"一案中(英国苏格兰高级法院，1906 年，《分庭案件》，第 8 卷，第93页)，法院声称："在本法院上，我们并不涉及到立法机关是否在一个与外国有关的问题中作了外国可能认为僭权行为的问题。我们也不是一个法庭，要去判决立法机关的一个行为是否因违反公认的国际法原则而越权的问题。对我们来说，上下两院依法通过并经国王同意的议会法案是最高的，我们必须执行其规定。"

在"沙莫拉号"一案中，枢密院司法委员会声称："捕获法院象任何其他法院一样，受其自己的主权国家的立法的拘束，这当然是无可争辩的。英国捕获法院肯定地是受帝国立法机关的法律的拘束的。但是，如果帝国立法机关通过一项法律，而该项法律的规定与国际法相抵触，捕获法院在执行这些规定时就不是执行国际法了，这也是正确的。在这种规定所包括的范围内，这个捕获法院就被剥夺了作为捕获法院的正当职能。即使该项法律的规定只是宣示国际法的，这个捕获法院作为国际法解释者的权威也因而在实际上被削弱了，因为任何人都不能说，它的判决倒底是以对国际义务的适当考虑为依据的呢，还是以该项法律本身的拘束性为依据的。但是，英国捕获法院应受帝国立法机关的法律的拘束这个事实，并不构成它们受国王在枢密院的行政命令的拘束的理由。……"

在"乔治斯·宾逊"一案中(《年摘，1927—1928 年》，第 4 号案件)，法国和墨西哥混合求偿委员会(1928 年)判称：国内法院是每一个国家的主权的产物，它们的确可能有(但不一定有)义务执行或适用国内法，即使它们认为国内法

(接下页注)

一个业已确立的国际法规范和一个国内法规范之间的冲突是较高和较低的规范之间的冲突。在国内法律秩序内发生这种冲突,并不损害这个秩序的统一性。所谓"违宪的法律"就是一个典型的例子。说制定法是"违宪的",并不意味着它是根本无效的。这只意味着,如果一个主管法院查明一项制定法不符合宪法的某些

(接上页注)

是与国际法相抵触的;这决定于有关国家的国内公法所崇奉的原则。但是,国际法庭作为国际法的机关,甚至必须不顾国内法而支持国际法。——在"希腊-保加利亚'区社'"一案中,常设国际法院(1930年)在咨询意见中认为,"一项公认的国际法原则是:在缔结一项条约的各国的关系上,国内法的规定是不能优于该项条约的规定的。"(《常设国际法院出版物,乙集,第17号,第32页)

在"过项号"一案中(《联邦报告》,第2集,第15卷,第842页),美国康涅狄克州法院(1925年)声称:"只有依据一个理由,联邦法院才可以拒绝执行国会的法律;那就是:该法律被判定是违宪的。法律可能违反公认的国际礼让原则,但是,这并不成为在司法上不顾该法律的根据,正如行政机关不能不顾该法律一样。"参见"钟继成(译音)诉英王"案。

在"托塔斯等诉美国等"一案中(《年摘,1941—1942年》,第1号案件),美国华盛顿东区区法院(1941年)判称,美国与亚基马印第安部族于1855年6月9日缔结的条约已被一项国会法律(1940年的"选择训练与服役法")所代替。法院声称:"国会有取消一项条约或其任何规定的权利和权力,是早经承认的。……'汤麦斯诉盖依'一案(《美国》,第169卷,第264页)说明这项规则如下:'条约和国会法律发生抵触时的效果,是宪法所未解决的。但是,对这个问题的正当解决是不会有什么疑问的。条约可以废止先前的国会法律,而国会法律也可以废止先前的条约。'这项规则适用于印第安条约以及其他条约,是'柴罗基烟草'各案(《华莱士》,第11卷,第621页)所已经明确断定了的。"但是,在"法国国家铁路公司诉沙凡奈"一案中(《年摘,1943—1945年》,第87号案件),法国埃克斯上诉法院(1943年)对于与1940年7月27日法国法律相抵触的1933年11月23日罗马公约判称:"罗马公约是一项国际条约,对各缔约国有拘束力,直到其按照条约本身规定的方式通知退约时为止,而各缔约国中任何一国是不能擅自退约的。"参见"关于里厄拉等"一案(哥伦比亚最高法院,1944年;《年摘,1943—1945年》,第73号案件)。

规定，该制定法可能只就法院所审理的具体案件而言被废止了——法院被授权在这个案件上不适用该制定法；或者，就一切可能发生的案件而言被废止了——有关法院或一个特别法院被授权使该制定法失去效力。但是，只要该制定法还未被废止，它就仍然是有效的。宪法必须被解释有这样的规定：只要立法机关所制定的法律还未依照宪法规定的方式被废止，该法律就应被认为是有效的。因此，只要它还未被废止，宪法和所谓违宪的制定法之间就没有逻辑上的矛盾。人们所说的一个较低规范“不符合于”一个较高规范，实际上意味着：较低规范是这样创造出来的或者是具有这样的内容的，以致按照较高规范，它是可以依照通常方式以外的另一种方式予以废除的；但是，只要较低规范还未被废除，它仍然是有效的规范，而且按照较高规范是有效规范。较高规范的意义就在于使这种废除成为可能。

但是，一个较高规范决定一个较低规范的创造或内容的事实可能只表明：创造“不符合于”较高规范的较低规范的机关本身应受到制裁。这样，应负责的机关所创造的规范就不被废除了。在这两种情形下，较高规范和“不符合于”较高规范的较低规范之间都没有逻辑上的矛盾。一个规范的非法性意味着该规范被废除或对创造该规范的机关加以制裁的可能性。

制成一个违反较高规范的规范的行为，可能是一种不法行为，法律秩序对之附以制裁。从我们以前所说明的理由来看，很显然，一个事实的发生在逻辑上并不与使该事实成为不法行为的规范相矛盾。不法行为并不与法律相矛盾；它不是法律的否定；它是法律所决定的条件。因此，承认有效法律规范可以从不法行为产生出来，在逻辑上是没有什么困难的。“不法行为不产生权利”这项原则可能属于一定的实在法律秩序，但并不必然如此。就其一般形式而言，它是一个逻辑上的公设，而不是一个政治上的公设。革命或

政变创造了有效的宪法，就是这一点的明证。某一规范的制造可能——按照一个较高规范——是不法行为，而且使制造者受到制裁，但是，该规范本身可能——又是按照较高规范——是有效的，而且其有效性包括两方面的意义：一方面，只要它还未被废止，它就仍然有效；另一方面，它不能仅仅由于其来源为一个不法行为而成为无效。

这正是国际法与国内法之间的关系的情形。国际法常使一国在下述意义上承担了给国际法规范以某种内容的义务，即如果该国制定了具有其他内容的规范，它就要受到国际制裁。① 正如人们所说的，"违反"一般国际法制定出来的一个规范，即使按照一般国际法，也仍然是有效的。一般国际法没有规定任何程序以废止"非法的"（从国际法的立场）国内法规范。这种程序可由特别国际法或国内法来确立。

如果国内法律秩序的规范的内容是由国际法决定的，这只是在另外一种意义上来说的。这并不排除那些具有规定内容之外内容的规范的效力。只有在制造这种规范的行为被规定为国际不法行为时，这种规范才受到排斥。但是，不论制造该规范的国际不法行为或者该规范本身，它们和国际法之间都没有逻辑上的矛盾，正如所谓违宪的制定法和宪法之间并无逻辑上的矛盾一样。因此，正如"违宪的"制定法的效力并不影响国内法律秩序的统一性一样，"违反"国际法的国内制定法的效力也不影响包括国际法和国内法在内的法律体系的统一性。主张多元论的人们以为指出两者之间可能发生的矛盾，就可以反驳国内法和国际法的统一性，他们就错了。

① 这就是通常用下述说法表述出来的一项原则的意思，即：一国不能援引其国内法为其违反国际法的行为作辩解。参看"波兰国民的待遇"案。

6. 国内法和国际法的统一性作为法律理论的一个公设

1. 两个规范体系之间的可能关系。 国内法和国际法的统一性是一个认识论上的公设。一个法学家承认了这两个体系是两套有效规范，就必须设法将其理解为一个和协的体系的两个部分。用两种不同方式中任何一种方式，都可以推论出这一点。两套规范可以是一个规范体系的两个部分，因为其中一套是一个低级秩序，是从另一套，即一个高级秩序得到其效力的。低级秩序是高级秩序之中有其相对的基础规范，这就意味着，如果它是一个动的体系，其创造是在高级秩序之中作出基本决定的。或者，两套规范形成一个体系，因为两套规范是两个同等的秩序，它们都是从同一的第三个秩序得到其效力的，而这第三个秩序作为一个高级秩序，不仅决定其效力范围，而且决定其效力理由，这就意味着，如果它是一个动的体系，它决定着两个低级秩序的创造。

一个低级秩序的创造程序，以及其效力理由，都可以由一个高级秩序直接或间接地来决定。高级秩序可以自己决定低级秩序的规范的创造程序，或者仅授权一个权威在一定范围内自己斟酌创造规范。这就说是，高级秩序"委托"低级秩序。既然各低级秩序的相对的基础规范是高级秩序的一部分，那么，各低级秩序本身就可以被设想为作为总体的高级秩序的部分秩序。高级秩序的基础规范是一切规范——包括各低级秩序的规范——的效力的最终理由。

国际法和国内法的关系必须属于这两种关系中的一种。国际法可以高于国内法，或者相反；或者，国际法可以与国内法处于同等地位。同等地位是以在这两种法律之上有一个第三种秩序为前提假定的。既然在这两种法律之上并没有第三种秩序，这两种法律的关系就必须是高级与低级的关系。说它们同时存在、相互独

立而不由一个高级秩序来调整，是完全不可能的。

多元论断言，情形就是这样；它用法律和道德的关系来支持其断言。不错，这两个规范体系，就其各有自己的基本规范来说，是彼此独立的。但是，法律和道德的关系本身却表明，除非这两种规范体系被设想为一个体系的两个部分，它们是不能被认为同时有效的。

2．*实在法和道德的关系。* 让我们考虑一下实在法规范和道德规范发生冲突的情形。例如，实在法可以规定服兵役的义务，这包含着在战争中杀人的义务，而道德，也就是说，某一道德秩序，却无条件地禁止杀人。在这种情况下，法学家将要说："在道德上可以禁止杀人，但在法律上那是不相干的。"从作为有效规范体系的实在法观点来看，道德是不存在的；或者，换句话说，如果认为实在法是一个有效规范体系，那么，道德就根本不是一个有效规范体系。①从这样的观点来看，就只有服兵役的义务，而没有不服兵役的义务。同样，道德家将要说："在法律上，人们可以有服兵役和在战争中杀人的义务，但在道德上，那是不相干的。"这就是说，如果我们对规范的考虑是以道德为根据的，法律就根本不是一个有效的规范体系。从这样的观点来看，就只有拒绝服兵役的义务，而没

① 在"安特洛普号"一案中，美国最高法院在探讨奴隶贩卖是否非法的问题时，在承认奴隶贩卖"是违反国际法的"之后声称：不论道德家对这个问题可能作出什么回答，法律家必须在其自认所隶属的那一部分世界（而现在就是诉诸那一部分世界的法律）的惯例、国家行为和一般同意所认可的行动原则中寻求这个问题的法律解决。如果我们采取这种标准作为国际法的检验，那么，正如上面已经说明过的，对这个问题的判决就是有利于这种贩卖的合法性的。欧洲和美洲都曾从事这种贩卖；而且，差不多有两个世纪，这种贩卖没有遭到反对，也没有受到谴责。一个法律家不能说，这样受到支持的实践是非法的，从而那些从事这种贩卖的人是可以受人身处罚或者受剥夺财产的处罚的。

有服兵役的义务。无论法律家或道德家都不认为，这两种规范体系是同时有效的。法律家不把道德看作一个有效的规范体系，正如道德家不把实在法律看作一个有效规范的体系一样。不论从那种观点来看，两个相互矛盾的义务都不是同时存在的。第三种观点是没有的。

只有设想一个秩序是"委托"另一个秩序的，才有可能从完全相同的观点把法律和道德看作同时有效的秩序。实在法经常地，至少是在规定某些特别人类关系时，提到某一道德体系；许多道德体系承认——在不同程度的保留下——现行的实在法。道德的被委托部分是实在法的一部分，而法律的被委托部分是道德的一部分。从同一观点把法律和道德都看作有效秩序，或者也就是说，承认法律和道德为同时有效的体系，就意味着，假定有一个包括这两个体系在内的单一体系的存在。

探求科学知识的动机总是要在表面上多种多样的现象之中寻求统一性。因而，科学的任务是用一个前后一贯的说法的体系，也就是用一个彼此不相矛盾的说法的体系，来描述其对象。法律科学和道德科学也就是这样；它们是以规范为对象的科学。在这些科学的范围内也不允许有矛盾。正如在逻辑上不能同时断言"甲是"和"甲不是"一样，在逻辑上也不能同时断言"甲应当"和"甲不应当"。什么是有效的，只能用像"你应当……"这样的语句来描述。法律家就是用这样的辞语来描述被假定为有效的法律规范体系，而道德家也是用这样的辞语来描述被假定为有效的道德规范体系。在含义上相互矛盾因而在逻辑上相互排斥的两个规范，是不能被认为同时有效的。法律家的主要任务之一就是对其所处理的材料作出一个前后一贯的说明。由于材料是用语言来表达的，它就先天地可能包含有矛盾。法律解释的特殊职能就是指明它们只是虚假的矛盾，从而消除这些矛盾。正是由于法律解释，法律材

料才成为一个法律体系。

3．义务之间的冲突。 对于我们所提出的两个相互矛盾的规范不能同时有效的主题，人们可能争论说：像义务之间冲突的情况毕竟还是有的。我们的回答是，“规范”和“义务”这些辞语有两方面的含义。一方面，它们的意义只能用“应当”的说法（原来的意义）来表明。另一方面，它们也被用以指明用“是”的说法（从属的意义）来描述的一个事实，即这样一个心理上的事实：一个人具有规范的概念，他相信他自己受一项义务（在原来的意义上）的拘束，而且，这个概念或这种信念（在从属的意义上的规范或义务）使其遵循某种行为路线。同一个人同时有两个规范的概念，而且相信他受两个相互矛盾因而在逻辑上相互排斥的规范的拘束，这是可能的；例如，一个实在法规范的概念使其有服兵役的义务，而一个道德规范的概念却使其有拒绝服兵役的义务。但是，描述这种心理上的事实的说法并不比——譬如说——两种对抗力量在同一点上活动的说法更有矛盾。一个逻辑矛盾总是一些判断或说法的意思之间的一种关系，而决不是一些事实之间的一种关系。所谓规范之间的冲突或义务之间的冲突的概念意味着一个人在推动其选择相反方向的两个概念的影响之下的心理事实，它并不意味着两个相互矛盾的规范同时有效。

4．规范性与事实性。 不把“规范”和“义务”这些字眼的两种意义区别开来，是为什么人们不了解两套有效规范总必须是一个体系的两个部分的主要原因。如果“规范”一词被用以（在从属的意义上）表明个人们有规范的概念、即个人们相信他们受规范的拘束并为这种观念所推动的事实，如果“规范”一词意味着“是”，而不意味着“应当”，那么，就有可能断言有一些规范是彼此矛盾的，而且断言有一些规范集合体同时并“存”，而它们却不是一个规范体系的几个部分。但是，这些说法所说的规范是心理学和社会学的

对象，而不是法学理论的对象。法学理论所涉及的不是人们在实际上——例如对于兵役——有什么观念和信念，而是人们在法律上应否服兵役——有否服兵役的义务——的问题，也就是说，所涉及的是原来意义的规范。一个社会学家或心理学家可能观察到，有些人相信他们有义务，另一些人却刚刚相反，而还有一些人则摇摆于两种看法之间。社会学家或心理学家只看到法律和道德的事实性方面，而没有看到其规范性方面。他把法律和道德设想为事实的集合体，而不是有效规范的体系。因此，他对于人们应否服兵役的问题，不能提出任何答案。这个问题只能由法律家或道德家来回答；法律家或道德家把法律或道德看作一种有效规范的体系，对于这种体系，他是用人们应当做什么的命题，而不是用人们实际上做什么或者实际上相信他们应当做什么的说法来描述的。这是规范性的观点，而不是事实性的观点。

7.国内法第一位还是国际法第一位

1.国家的国内人格和国际人格。 在这里关于有必要把国内法和国际法理解为一个普遍性体系的两个组成部分所说的一切，指的是作为有效规范体系的法律，而不是作为事实集合体的法律。这种在规范的多元性中确立统一性的倾向，是一切法学思想所共有的。甚至在那些主张多元主义解释的人的理论中也有这种倾向。通常，他们并不否认国家是国际法的主体以及国家自己的国内法的主体。法律人格是法律秩序所构成的；只有它是法律秩序所构成的，它才存在着。这样，如果国际法和国内法之间没有统一的关系，具有国际人格的国家就将是一个与具有国内人格的国家完全不同的实体。从法学的观点来看，这就使得同一名称有两个不同国家：两个法国，两个美国，等等——一个国内法的法国和一个国

际法的法国，等等。多元主义者并不接受这种荒谬的结果。

诚然，多元主义者有时认为，国家的国际人格和国内人格是不同的。①但是，他们只是说，同一国家兼有国际人格与国内人格，正如一个人兼有道德人格与法律人格一样。下述事实从来没有引起过争论，即：同一的墨西哥在国际法范围内与另一国家缔结一项条约，而在国内法范围内执行这项条约。我们可以拿这样一项条约为例：按照这项条约，一国只应在另一国解除其公民的国籍的条件下准许该公民入籍。这样，作为国际法主体而缔结这项条约的，和作为国内法主体而制定法律对国籍的取得和丧失按照该项条约加以调整的，显然是同一国家。说一个人兼有法律人格和道德人格，而且说这两种人格作为同一个人的两种不同品质不是相同的，这是可能的。因为，人是一个生物生理单位，而且，作为一个生物生理单位，人是这两种不同人格的基础。说同一个人"兼有法律人格和道德人格"，是一种隐喻，用以表明，这样的事实，即：同一个人——作为一个生物生理单位——的行为是同时受法律规范和道德规范的支配的。

但是，国家并不是一个生物生理单位，甚至也不是一个社会学单位。如果把国家设想为一种社会秩序，国家和法律之间的关系是与个人和法律之间的关系极不相同的。如果把国家设想为一个行为人格者或者是一个义务、责任和权利的主体，那么，法律调整国家行为的说法就意味着，法律调整个人们以国家机关的资格所作的行为，或者也就是说，个人们以法律所构成的共同体的机关的资格所作的行为。然而，如果认为国家是一种社会秩序，国家就不

① 底奥尼西奥·安只洛提：《国际法教程》(1929年)，第54、405页。这位作者是一贯主张多元论的。因而他在谈到"国家"一词时说："'国家'这一词语在表明为……国内法秩序的主体时，决定着一种主体，这种主体是完全不同于作为国际法主体的国家的。"

像个人那样，它并不是法律调整的对象，而是法律调整本身，即一种特殊的法律秩序。国家所以被认为是调整对象，那只是因为这种秩序的人格化使我们先将其比作一个人，然后将其误解为一个超人的个人。

这种不可容许的人格化，是国家以及个人可以有两种人格的想法的渊源。如果国家不是——像个人那样——法律调整的对象，而是法律调整本身，即法律秩序，那么，国家的同一性就是法律秩序的同一性。多元主义者不否认，国家的同一性是国家的国际法人格以及国内法人格的共同基础。他们不能否认，例如，按照国际法应在对他国开始战事前宣战的国家和按照宪法实际上发布战争宣告的国家是同一的国家。但是，如果他们要描述法律现实而不借助于一种隐喻的人格化，他们就要承认，国家的同一性并不是对国家加以调整的秩序之外的一种基层的同一性，而却是秩序的同一性，这种秩序对个人们以该秩序机关资格的行为加以调整。作为国际法主体和作为国内法主体的国家的同一性意味着：最终地，使国家承担义务和享受权利的国际法律秩序，和决定哪些个人作为国家机关来履行国家的国际义务和行使国家的国际权利的国内法律秩序，是形成一个普遍性法律秩序的。

2. 国际法转化为国内法。 如果人们认为国内法和国际法是互不相关的规范体系，人们也就必须认为，国际法规范不能由国家机关来直接适用，而国家机关，特别是法院，只能直接适用国内法规范。按照这种看法，如果国际法规范——例如国际条约——要由国家法院来适用，首先必须由一个立法行为创造一项与条约具有同样内容的制定法或命令，使该规范转化为国内法。多元论的这种后果是与实在法的实际内容不相吻合的。正如上面所指出的，只有在国家的宪法要求国际法转化为国内法时，国际法才需要这样转化。

因此，国际法是否有必要转化为国内法的问题，只能从实在国内法的分析中得到回答，而不能用关于国内法或国际法的性质或关于其相互关系的学说来回答。由于多元论是从据称国内法对国际法的独立性推论到有转化的一般必要性，它就与实在法发生冲突，从而也就证明它是不适当的。

3. *只有一个国内法律秩序是有效规范体系。* 如果多元主义者是前后一贯的，如果他们真的认为国内法和国际法像法律和道德一样是两个不同的、相互独立的秩序，那么，他们就不会认为国际法和国内法是同时有效的规范体系。正如法学家不顾道德而道德家不顾法律一样，国际法学家就不顾国内法而国内法学家不顾国际法。国际法理论家就只把国内法看作一种事实，而不是有效规范的体系；相反地，国内法理论家就只把国际法看作一种事实，而不是有效规范的体系。但是，主张多元论的人们却把国内法和国际法看作两个同时有效的规范体系，而且他们必须这样做，因为国际法律秩序没有国内法律秩序，是毫无意义的，而且，如果不考虑到决定国家的法律存在的国际法，国家的法律存在是无法理解的。

如果人们决定把国内法看作唯一有效的，人们就要选择一个国内法律秩序作为唯一有效的规范体系。上面对于国际法和国内法之间的关系所说的，也适用于各国内法律秩序之间的关系。只有两个国内法律秩序被认为形成一个体系，它们才能被认定是同时有效的。国际法是唯一的能在它们之间成立这种联系的法律秩序。如果国内法和国际法之间没有联系，各国内法律秩序之间也必定是没有联系的。这样，一个坚持多元主义观点的理论家就必然要宣告一个国内法律秩序——例如其本国的国内法律秩序——是唯一的有效法律秩序。

认为人们自己的团体的社会秩序是唯一真正的“法律”，这是一种典型的原始的观点，是与那种认为只有人们自己的团体的成

员才是真正的人的观点相似的。在一些原始部落的语文中，用以指“人”的词语就是该部落成员用以指其自己以别于其他部落成员的词语。最初，古代希腊人只把其自己的城市国家看作法律共同体，而把所有外国人都贬作法外野蛮人。甚至在今天，人们还倾向于不承认别的共同体的社会秩序是完全意义的“法律”，特别是在该秩序包含有与人们自己的秩序不同的政治原则时。

4．对国际法的承认。 既然在一方面国内法的效力被认为是当然的事情，而在另一方面又很难断然否认国际法的效力，多元主义者就采用了一种假设，而由于这种假设他们——无意识地——取消了其所要维护的国内法和国际法的相互独立性。由于这种假设，他们还在各国内法律秩序之间确立一种规范性关系，从而又使国际法律秩序和所有国内法律秩序都有可能被看作有效规范体系。我们指的是众所周知的这种说法，即：只有国际法为一国所“承认”，它对该国才是有效的。①

上面已经指出，这并不是实在国际法的规则。实在国际法并不使其对一国的效力决定于该国的承认。当一个新国家产生时，按照国际法，这个新国家立即取得国际法律秩序对国家所设定的一切义务和所给予的一切权利，而不问该新国家是否承认国际法。按照国际法本身，为了断定在一个具体情形下，一国违反一个一般国际法规范所规定的一项义务或者另一国侵犯这个规范对该国

---

① 在“过顶号”一案中，法院声称：“只有在我们加以采用时，国际实践才是法律，而且像普通法或制定法一样，它是服从于议会的意志的。”在“钟继成诉英王”一案中，枢密院司法委员会（1939年）声称：“必须经常记住，至少就英国法院来说，国际法除非其原则为我们国内法律所接受和采用，是没有任何效力的。任何外来权力都不能把国际法规则强加于我们国家的实体法或程序的法典。各级法院承认有各国在它们之中所接受的一套规则的存在。在任何司法问题上，它们设法查明有关的规则是什么，而且在找到这项规则后，只要它与制定法所规定或它们的法庭所宣告的规则不相抵触，它们就把它看作已经纳入国内法了。”

所规定的一项权利，是并不需要证明该国已经同意这个一般国际法规范的。一个国际法规范使其自己对一国的效力决定于该国的承认，这在逻辑上是不可能的，因为这样一个国际法规范的效力是以国际法的效力不依赖于其被承认为前提假定的。

一个不同的问题是：一国的法律存在是否决定于其他国家的承认。前一章已经对这个问题作了肯定的回答。有些作者认为，被承认的国家对国际法的承认是该国被承认为国家的一个主要条件。但是，正如上面所指出，国际法本身并没有、也不可能规定以各国对国际法的承认为国际法对各国的效力的条件。国际法只是使其对两个共同体之间关系的适用决定于它们相互承认为国家的事实。正是实在国际法本身使一国对另一国的承认具有这种承认所特有的法律效果。因此，各共同体之间相互承认为国家，是以国际法的效力为前提假定的。

对一个共同体作为一个国家的承认，是实在国际法所规定的一种行为。一国对国际法的承认——即承认国际法对其效力——不是而且不可能是国际法所规定的。但是，如果对社会关系的法律解释以一定的国内法律秩序为出发点，那么，只有国内法律秩序——它是这种解释的出发点——委托了国际法，从而使国际法成为这个国内法的一部分，国际法才能被设想为一个有效的法律规范体系；正如只有道德规范为一定的国内法所委托，因而成为该国内法的一部分，道德规范才能从该国内法看来是有效的，虽然任何道德规范都不是使其效力决定于法律秩序的委托的。这就是多元论的信从者所主张的下述主题的真正意思，即：只有国际法是一国所承认的，它对该国才是有效的。“一国对国际法的承认”就是“一个国内法对国际法的委托”的象征性说法。这种承认——按照多元主义者的理论——可以是默示的或明示的。如果有国家的明确行动作为证明，如派遣或接受外交代表、订立国际协定等等，这就

假定该国默示地承认了国际法。如果一国法律有一项规定，指出国际法应被认为该国国内法的一部分，或者，适用法律的机关，特别是法院，也必须按照国际法的本来意思来适用国际法，那么，这就是一国对国际法的明示承认。事实上，有些国家的法律就有这类规定。①

5. 国内法第一位还是国际法第一位。认为只有为一国所承认的国际法才对该国有效，这是指实际存在的国际法而言的。至于国际法的内容，则不论认为国际法对一定国家的效力是决定于还是不决定于该国的承认，国际法总是一样的。认为只有为一国所承认的国际法才对该国有效，这是指国际法的效力理由而言的。这种说法的意思是：国际法的效力理由是与国内法一样的，这就是说，国际法的效力理由就是国家的法律的基础规范，即国内法律秩序的基础规范。用通常的人格化说法来表达，这就是说：国家的"意志"既是国内法的效力理由，也是国际法的效力理由。如果国际法对一国是有效的，其所以有效是因为这是该国的意志，而该国的这种"意志"表现于该国对国际法的默示或明示承认。国家通过这种承认使国际法成为其本国法的一部分。这种学说在英美两国的法院判例中是很流行的。②

① 参看德意志联邦共和国宪法第 25 条。有时，只有约定国际法，即国家作为缔约一方的条约所制造的法律，才是该国的法律所委托的。例如，美国宪法第 6 条。还参看法国宪法第 26 条到第 28 条的规定。

② 在"哈巴拿号邮船"一案中（美国最高法院，1900 年，《美国》，第 175 卷，第 677 页）法院声称："国际法是我们法律的一部分；每当以国际法为依据的权利问题依法提请有适当管辖权的法院决定时，这些法院必须查明并执行国际法。"在"西兰德中央采金公司诉英王"一案中，对于这项原则，法院声称："正确的是：任何得到各文明国家共同同意的东西一定也得到了我们国家的同意；我们同其他国家一起同意的东西可以正当地称为国际法；而且作为国际法，它是我们国内法院在有正当机会决定与国际法学说有关的问题时所应予以承认和适用

（接下页注）

如果国内法明文规定国际法定应由主管国家机关予以适用，如上述美国、德国和法国的宪法，国际法是作为国内法的一部分而有效这个学说似乎是不可避免的。但是，情形并非如此。如果对社会关系的法律解释不是从一定的国内法出发，而是从国际法出发（国内法或国际法的内容并不妨碍法律家以国内法或国际法为其解释的出发点），那么，只有为国内法律秩序所委托的国际法律秩序才是有效的，设想（这种设想不是而且不可能是以实在国际法的一项规定为依据的）就是多余的。这样，问题是：国家机关是否只在国际法转化为国内法的情形下才能适用国际法，或者是在不转化的情形下也能适用。正如上面所指出的，这个问题的回答决定于国内法律秩序的内容。如果国内法律秩序有一项规定，要求主管国家机关适用国际法，如上述美国、法国和德国宪法的规定，这项规定就不应被解释为该国对国际法的承认（或国内法对国际法的委托），而应被解释为一种转化，即国际法整个地转化为国内法。正如上面所指出的，如果宪法授权国家机关只适用国内法，这种转化是必要的。但是，如果法律解释是从国际法出发，而不是从国内法出发的，国际法就在国家机关适用国际法之外而有其效力。如果国家机关不适用国际法是因为国内法未授权其适用，那么，依据有效的国际法，该国就应担负违反国际法的责任。如果法律解释

（接上页注）

的。但是，被这样引用的任何学说都必须是真正地已被接受为各国间关系的学说，而且，所要予以适用的国际法，像任何其他东西一样，必须有令人满意的证据加以证明，而这种证据必须表明，所提出的特殊命题已为我们国家所承认和遵行，或者它属于这样的性质，而且是这样广泛地、普遍地被接受，以致很难设想任何文明国家会否认它。……国际法是英国法的一部分这句话，不应被解释为把未有证据足以证明英国曾经表示同意的教科书作者对一个问题的意见包括为英国法的一部分，尤其是如果这些意见是违反英国法院所宣示的英国法律原则的话。”

的出发点是一定的国内法律秩序(或如通常所说的,一定国家的法律),因而如果国际法只有作为该国法律的一部分才是有效的,那么,只有该国承认国际法,它才有违反国际法的可能。但是,在这方面,以国际法为出发点的人们和以国内法为出发点的人们在实际上并没有什么区别。因为,后者实际上认为,一切国家已经承认国际法——至少是由于参加国际关系而已经默示地承认。

如果像本书这样,法律解释是从作为有效法律秩序的国际法出发的,那么,国际法的效力理由就不能在国际法所主张对之有效的国家的"意志"中去寻找。国际法的效力理由是其自己的基础规范,如上面所已经表述的。另一方面,在国际法律秩序中却能找到国内法律秩序的效力理由。按照这两种不同的对法律——国内法以及国际法——的研究方向,就必须接受对两种秩序之间的关系的两种不同看法。如果我们从国际法出发,那么,国内法律秩序是国际法律秩序所委托的,而且在这个意义上是低于国际法律秩序的,而国际法律秩序则被认为是高于各国内法律秩序的,而且与各国内法律秩序一同构成一个普遍性法律体系。如果我们从一定的国内法律秩序出发,那么,国际法就必须是国内法所委托的,才能被设想是一个有效法律秩序;这样,国际法就不被认为高于国内法,而是国内法的一部分。如果国际法被认为是国内法的一部分,那么,正如上面所指出的,就有必要区别广义的国内法——包括成为其一部分的国际法在内——和狭义的(即特殊意义的)国内法——不包括国际法在内。主张国内法最高性的人们虽然声称国际法是国内法的一部分,因而它也就是国内法,却对国内法和国际法加以区别。认为国际法只有作为国内法的一部分才被认为是有效的,这是意味着,两种法律的统一性也是用这种研究方法确立的。事实上,保证这种统一性是一种学说的主要目的,这种学说认为国际法只有为一国所承认才对该国有效,但同时认为一切国家

已经——至少默示地——承认国际法。两种研究方法的区别只在于：一种方法以国际法在对国内法的关系上属于第一位为前提假定，另一种方法则以国内法在对国际法的关系上属于第一位为前提假定。但是，这两种方法都有一元主义的性质，在国际法的内容问题上并无区别；它们是在国内法和国际法的效力理由问题上有区别的。

8.主　权

1. *主权作为规范性秩序的一种特质。* 认为国内法处于第一位的理论的最重要后果是：作为全部解释的出发点的国内法律秩序可以被认为最高权威，因而被认为是在“主权”一词的原来意义上“主权的”。因为，国内法律秩序是被假定为最高秩序，在其上没有任何其他法律秩序。这也是多元论的最后结果；既然多元论无法维持其国内法和国际法彼此独立有效的主题，它就转而成为一元论。多元论的信从者拒绝把国际法看作一种在各国内法律秩序之上的法律秩序。因此，他们在讨论作为一种有效法律秩序的国际法时，就必须认为，只有为一国所承认的国际法才对该国有效，或者也就是说，只有为该国的国内法所承认的国际法才对该国有效。这意味着，他们接受国内法高于国际法的学说。由于认为国内法对国际法的优越性，或者也就是说，由于认为国际法只有作为国内法的一部分才是有效的，他们就放弃了国内法和国际法的两元主义，因而放弃了法学的多元主义。所以，我们可以推想，多元论的真正目的并不是要主张国内法和国际法的相互独立性，而毋宁是要维持这样一种看法；即：国内法，也就是一定的国内法律秩序，是不从属于国际法的，因而可以被认为是最高的法律权威。

就“国家”一词被理解为社会秩序、特别是国内法律秩序而言，国内法律秩序是最高法律权威的这个看法可以在国家是主权的这

句话中表达出来。这就是对主权的通常说法。但是，如果问题是作为法人的国家——即作为国内或国际义务、责任和权利的主体的国家，那么，国家就不能被认为是最高权威的意义上主权的。因为，国家作为义务、责任和权利的主体，必须被认为是受一个法律秩序——国内或国际——的支配的，而这个法律秩序对于国家，而且这就意味着对于以法律共同体机关或成员资格的个人，设定或给予有关的义务、责任和权利。既然国家是受一个法律秩序的支配的，甚至是受其本身的法律秩序、即国内法律秩序的支配的，国家就不能被认为是最高法律权威。通常所提出的国家总能改变自己的法律因而是在自己的法律之上的论点，是根本错误的。国家能改变其法律的说法，只意味着法律所决定的个人们能够按照同样为法律所决定的程序来改变法律。这些个人在改变法律时完全受法律的支配的，而并不是在法律之上的。不论国际法被认为高于国内法还是国内法的一部分，作为法人的国家总不能被认为是主权的。作为法律主体，国家——而且这就意味着以法律共同体机关的资格作行为的个人——不可能是一个最高权威，因为它根本不是一个"权威"。

"权威"通常被界说为发布有约束力的命令的权利或权力。迫使别人作某种行为的实际权力并不足以构成一个权威。作为权威的个人或具有权威的个人必须得到发布有约束力命令的权利或权力，从而使其他个人有服从的义务。一个人的这种权利或权力只能是一个规范性秩序所给予的。因而，权威本来是一个规范性秩序的特征。正如上面所指出的，只有一个规范性秩序才能是"主权的"，这就是说，才能是最高权威，即规范的效力的最后理由——规范授权一个人发布"命令"，而其他个人有义务予以服从。物质力量，一种纯粹的自然现象，永远不能是正当意义上"主权的"。如果认为物质力量有"主权"的属性，这"主权"只能意味着某种家具有"第

一原因”的特性的东西。但是，“第一原因”的观念是一个词语矛盾。如果按照因果关系原则，每一个现象都要被认为是一个原因的结果，那么，每一个现象既被认为是一个结果的原因，也就必须同时被认为是另一个原因的结果。在因果的无限连接中，这就是说，在自然现实内，是不可能有一个第一原因的，因而也就没有什么主权。

以其作为法律权威资格的国家必然是与国内法律秩序相同的。说国家是主权的，这就意味着国内法律秩序是一种在其上没有更高秩序的秩序。唯一可能被认为高于国内法律秩序的秩序是国际法律秩序。因此，国家是不是主权的问题也就是国际法是否被假定为一个高于国内法的秩序的问题。

我们已经指出，一个秩序“高于”另一个秩序，是一种象征性的说法。这意味着，我们是从一个秩序得到另一个秩序的效力理由的，从而使前一个秩序被假定为高级秩序。说一个秩序是最高秩序，这意味着，我们是不能从另一个高级秩序得到这一秩序的效力理由的。国家主权问题并不是一个自然物有否一定特性的问题。这个问题不能像例如对一块金属的特殊重量问题那样来回答，这就是说，不能用观察自然现实来回答。对于作为法律秩序的国家是否主权的问题，这就是说，是否最高法律权威的问题，答案并不是对事实的陈述，而是对法律现象进行解释的人所提出的一种设想。我们的分析结果是：国际法通过其实效原则决定着国内法的效力范围和理由；因而，国际法高于国内法，似乎是国际法本身内容所决定的。但是，只有国际法被假定是有效的，国际法才决定国内法的效力范围和理由；我们的分析就是从国际法是一个有效法律秩序这个设想出发的。但是，从承认说的观点来看——承认说是从作为有效法律秩序的国内法出发的——则只有国际法为国家所承认，或者也就是说，只有国际法是国家的法律、即国内法律秩

序所委托的，国际法才是有效的。在国家承认国际法并从而使国际法成为国内法的一部分以后，国际法就由于其本身的内容而决定国内法律秩序的效力范围。但是，既然这只是国家承认国际法所产生的结果，那么，国际法只是作为广义的国内法的一部分而决定狭义的、即特殊意义的国内法的效力范围。这就是说，国内法决定着、即界限着其规范中那些组成狭义的国内法的规范的效力范围。既然国际法只是作国内法的一部分才被认为是有效的，那么，国际法的效力理由就存在于国内法之中。因此，按照这种看法，国内法律秩序的基础规范是一切法律的效力的绝对的、最高的渊源，因而作为法律秩序的国家才能放设想为主权的，即被设想为最高法律权威。

如果承认国家主权只意味着作为法律秩序的国家是最高法律权威，那么，主权就不是一个能或不能加以观察和证实的事实。国家既不是"是"也不是"不是"主权的，像一个物体"是"或"不是"较重于另一物体那样。国家只能被假定是或不是主权的，而这种假定决定于我们对法律现象的研究方法。如果法律解释——像本书这样——是从作为有效法律秩序的国际法出发的，而且这就包含着国际法在对国内法的关系上处于第一位的意思，那么，作为国内法律秩序的国家就不是最高法律权威的意义上主权的。这样，作为国内法律秩序的国家就只在下述的相对意义上是主权的，即：除国际法律秩序外，没有任何其他秩序高于国内法律秩序，因而作为国内法律秩序的国家只直接受国际法律秩序的支配。另一方面，如果法律解释是从国内法律秩序出发的，而且这就包含着国内法处于第一位的意思，那么，国内法律秩序"是"原来的、绝对的意义上主权的，是高于包括国际法在内的任何其他法律秩序的，而国际法则由于委托而成为国内法的一部分。

2。主权只是一个法律秩序的专有特质。 如果从国内法第一

位的观点来解释法律现象，那么，就只能有一个国内法律秩序被设想是主权的。只有这个作为全部解释的出发点的国内法律秩序才能被假定是主权的。这个秩序和其他国内法律秩序之间的必要关系只能是国际法所确立的，而且只有承认国际法决定着各国内法律秩序的效力范围，这种关系才能确立。但是，按照这种看法，只有国际法是国内法所委托的，或者也就是说，只有它是国家所承认的，它才是有效的，而国家是主权的，因为国际法律秩序被认为是国内法的一部分。既然其他国内法律秩序的效力是来自国际法的，它们就要被认为是低于那个国内法律秩序，而那个国内法律秩序首先是主权的，而且只有它才可以被假定是主权的。这个国内法律秩序就通过作为其一部分的国际法，把国际法律秩序所"委托"的一切其他国内法律秩序都包括在其内。狭义的(不包括国际法律秩序在内的) 国内法律秩序——它是这种解释的出发点——和一切其他国内法律秩序，在其各自的效力范围方面，是由国际法律秩序予以界限的，而国际法律秩序却被假定是作为解释的出发点的国内法律秩序的一部分。各国内法律秩序只能是按照其各自的宪法创造出来和加以修改的。但是，作为一个国内法律秩序的一部分而保证其他国内法律秩序具有这种相对主权的国际法，则是——从这种解释的观点看来——在作为解释的出发点的国内法律秩序中得到其效力理由的。只有这个在对其他国内法律秩序的效力理由方面但非在内容方面表现为普遍性法律秩序的国内法律秩序，才是绝对主权的，这就意味着，只有这个国内法律秩序才是在原来意义上主权的。如果我们说的是作为一个国家的国内法律，那么，一国的主权就排斥了任何其他国家的主权了。

这是以国内法第一位为根据的承认说的不可避免的后果。但是，大多数主张这种看法的人却没有想到这种看法的各种最终后果。他们把法律世界设想为许多孤立的国内法律秩序，每一个国

内法律秩序都是主权的，都是以国际法作为其一部分的。这是另一类型的法律多元主义。既然不可能主张国际法和国内法是彼此独立而有效的，而且既然国际法被认为是作为国内法的一部分而有效的，那么，每一个国内法律秩序的效力就被认为是独立于一切其他国内法律秩序的效力之外的。基于上面已经说明的理由，这种法律多元主义在逻辑上也是不可能的。依据这种看法，其结果是，有多少国家或国内法律秩序，就有多少的不同的国际法律秩序。但是，在逻辑上可能的是，不同的理论家从不同的国内法律秩序的第一位出发，或者也就是说，从不同国家的主权出发，来解释法律世界。每一个法律理论家可以从本国国内法第一位出发，即从其所属的国家的主权出发。这样，他就要把确立其本国的国内法和其他国内法律秩序之间的关系的国际法以及其他国内法律秩序都认为是其本国的国内法，——即被设想为一个普遍性法律秩序的其本国的法律——的一部分。这就意味着，法律世界的景象将按照哪一个国内法成为解释的根据而不同。在这些认为国内法处于第一位而确立的体系之中，每一个体系内就只有一个国内法是主权的，或者说就只有作为一个国内法律秩序的一个国家是主权的；而在这些体系之中，任何两个体系的国内法不会是同一的国内法，或者也就是说，任何两个体系的国家不会是同一的国家。

9.两种一元主义解释的哲学和法学意义

1.主观主义与客观主义。认为国内法处于第一位，是与主观主义哲学相平行的，这种哲学为了理解世界，从哲学家自我出发，因而把世界解释为主体的意志和观念。这种哲学在宣布自我的主权时，是无法把另一个主体、非我、自认也是一个自我的“你”理解为一个平等的存在体的。我的主权是与你的主权相矛盾的。这种主观主义哲学的最后结果是唯我论。

认为国内法处于第一位，就是国家主观主义。它使作为解释的出发点的国家、即国内法，也就是理论家本国的国内法律秩序、即其所属的国家，成为法律世界的主权中心。但是，这种法律哲学是无法理解其他国家、即其他国内法律秩序是与哲学家本国相平等的，而且，这意味着，他无法理解其他国家、即其他国内法律秩序也是主权的法律存在体。我的国家的主权是与你的国家的主权相矛盾的。国内法第一位的最后结果是国家唯我论。

只有我们的哲学是从客观世界出发的——在这客观世界里我和你都是作为部分而存在而都不是整体的主权中心，我和你才能被设想为平等的存在体。同样地，只有我们以国际法第一位为根据来解释法律，一切国家平等的观念才能得到保持。只有作为法律秩序的各国不被假定为主权的，它们才能被认为是平等的，因为只有它们一律平等地受同一国际法律秩序的支配，它们才是平等的。

国际法第一位和国内法第一位是对于两种法律秩序的效力理由问题的两种不同的回答。不论国内法的效力是根据于国际法的，或者国际法的效力是根据于国内法的，法律科学对其内容的描述是不受影响的。不论采取两种解释中哪一种解释，国家的国际义务和权利都是完全一样的。某一国家的实在法宣告国际法律秩序是其国内法律秩序的一部分，并不妨碍法律理论认为国际法的效力并不决定于国家的承认，也就是说，并不能妨碍法律理论接受国际法第一位。实在国际法决定国内法律秩序的效力范围和理由，也并不禁止只有为一国所承认的国际法才对该国有效的假定，而这个假定包含有国内法第一位的假定的意思。

2. 两种假定的错误用法。 诚然，这两种解释——它们只不过是把法律现象理解为一个体系的部分的两种不同方法——有时被误用为说明实在法的内容的根据。人们试图从国内法第一位或国

际法第一位的认识中引伸出来一些与实在法的实际内容完全不相符的结论。因此，那些以国内法第一位为前提假定的人认为，国家主权所包含的意思是，国家并不总受它与其他国家所缔结的条约的拘束；或者，国家不能受国际法院的强制管辖权的支配；或者，国家不能违反其意志而受集体国际机关多数的表决的拘束；或者，国内法的来源并不在于一种国际法程序；或者，尤其是国家主权是与国家宪法由国际条约创造的观念相矛盾的，等等。这些都是不能用主权概念的推论来回答，而只能用对实在法的分析来回答的问题；而且实在法表明，这里所引述的一切论断都是不正确的。那些接受国际法处于第一位的假设的人同样是错误的，如果他们主张国际法是超越国内法的，也就是说，如果他们主张，不符合国际法的国内法规范是无效的。只有在已经有一个实在规范规定一种方法使国内法因不符合国际法而作废的条件下，情形才会是这样的。无论如何，一般国际法并没有任何这样的规范。

在两种一元主义解释之中可以接受或拒绝任何一种解释，而不顾实在国内法或实在国际法有什么由于经验而作出的规定——这是因为这些规定在这方面是没有任何含义的。

3. 两种假设之间的抉择。在抉择这两种解释时，我们是像我们抉择主观主义或客观主义哲学一样自由的。正如主观主义和客观主义之间的抉择不能由自然科学来决定而且这种抉择对于自然科学并没有什么影响一样，法律科学也不能替我们在这两种假设之中作出抉择，而且这种抉择对于法律科学也是没有什么影响的。国际法第一位和国内法第一位之间的抉择，归根到底是两个基础规范、即国际法律秩序的基础规范和国内法律秩序的基础规范之间的抉择。上面已经指出，一个法律秩序的基础观范是法学思想的一个假设，而不是一个实在法规范，可以接受或者不接受这样一个假设。只有人们愿意把社会关系解释为法律关系，人们才必

定接受这样一个假设。但是，这种解释只是可能的，而不是必然的。既然我们有接受或不接受一个基础规范的假设的自由，我们就也有抉择国际法的基础规范或一个国内法的基础规范为我们解释法律世界的根据的自由。

我们的抉择虽非法律科学所决定，却可能受伦理或政治偏向所指导。一个民族主义或帝国主义为其政治态度的人可能倾向于接受其本国的国内法律秩序的基础规范作为假设；换句话说，他可能从国内法第一位出发。一个同情于国际主义和和平主义的人则可能倾向于接受国际法的基础规范作为假设，从而是从国际法第一位出发。从法律科学的观点看来，一个人选择哪一个假定，是没有关系的。但从政治观点看来，选择可能是重要的，因为选择是与主权的意识形态有密切联系的。

即使在两种假设之间作出决定是超出科学之外的，科学仍然有任务指明这两种假设与属于伦理或政治性质的某些价值体系之间的关系。科学能使法学家了解其抉择的理由和其所选择的假设的性质，从而防止他作出经验所证明为实在法所不容许的结论。

[General Information]
书名=国际法原理
作者=[美]汉斯·凯尔森
页数=375
SS号=10003561
出版日期=1989年09月第1版
出版社=华夏出版社

前言
目录
目录